# DE CONTRACTUUM INNOMINATORUM INDOLE AC NATURA

COMMENTATIO.

---

SCRIPSIT

DR. ALBRECHT ERXLEBEN.

---

GOTTINGAE,
IN COMMISSIS APUD R. DEUERLICH.
MDCCCXXXV.

# DE
# CONTRACTUUM
# INNOMINATORUM
# INDOLE AC NATURA.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

ILLUSTRIS JURISCONSULTORUM ORDINIS

IN

*ACADEMIA GEORGIA AUGUSTA*

AUCTORITATE ET CONSENSU

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS
RITE OBTINENDIS

D. M. JULII A. MDCCCXXXV

PUBLICE DEFENDET

**ALBRECHT ERXLEBEN**
ACHIMENSIS.

OPPONENTIBUS:

ADOLPHO BERGMANN } JUR. STUDIOSIS.
ADOLPHO DE WARNSTEDT }

GOTTINGAE A. MDCCCXXXV.

VIRO SUMME VENERANDO

# FRIDERICO BERGMANN

EQUITI GUELPHICO
BRITANNIARUM HANNOVERAEQUE REGI AB AULAE CONSILIIS
JURIS UTRIUSQUE IN ACADEMIA GEORGIA AUGUSTA
PROFESSORI PUBLICO ORDINARIO

PRAECEPTORI STUDIORUM FAUTORI
BENEVOLO

HOC LITTERARUM SPECIMEN

GRATO ANIMO OFFERT

AUCTOR.

# ARGUMENTUM.

## LIBER I.

### Romanorum de natura et origine obligationum notiones.

§. 1. Obligationis origo ex jure repetenda est, utique ex Romanorum hac de re sententia. (p. 1—3.).

§§. 2—5. Cui sententiae minime adversatur neque tripertita omnis juris origo, neque obligationis ex contractu oriundae indoles, neque naturalis obligationis usus, cujus quae fuerit origo et virtus, disseritur. (p. 3—13.).

§§. 6—9. Quaenam sint causae obligationum jure civili comprobatae. Variae causarum istarum divisiones. De summa obligationum divisione, a Gajo (III, 88.) proposita, disputatur. Examinatur, quaenam sit verborum „contractus," „negotium," „causa," „delictum" quoad hanc doctrinam significatio. Gaji divisionem istam omnes omnino obligationes complecti, demonstratur. Conferuntur cum hac divisione reliquae tum ab ipso Gajo, tum a Justiniano propositae. (p. 13—34.).

# LIBER II.

## De contractibus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt.

### CAPUT I.

*De contractuum notione et nomine.*

§. 10. Quinam contractus arctiore sensu appellentur, examinatur. Contractus nomine insignes tantum non omnes. (p. 35-38.).

§. 11. Cujus discriminis ut ratio reddatur, in historicam contractuum originem inquiritur. Defenditur sententia existimantium, contractus mere civiles antiquissimos esse. (p. 38—47.).

§. 12. Nomen contractuum quomodo exortum sit. Ejus vis ac potestas. Qui contractus proprium nomen consecuti sint. (p.47-52.).

§. 13. Qui sint contractus illi, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt? Cui quaestioni ut respondeatur, viam aperit interpretatio fr. 7. §. 2. d. pact. Causae civilis notio, quae a recentioribus fertur, rejicitur. Quae ratio instituenda sit, ut tum ipsi illi contractus, tum eorum natura et indoles exquirantur, demonstratur. (p. 52—61.).

### CAPUT II.

*De praescriptis verbis actione.*

§. 14. Quomodo fieri potuerit, ut haec actio, quae in jus concepta est, ad diversissima quaeque negotia spectare potuerit? Cur haec actio tam „in factum," quam praescriptis verbis vocata sit? (c. 6. C. d. transact.) (p. 61—68.).

§. 15. Praescriptis verbis actio non datur, nisi conventio aliqua negotio insit. Secundum haec explicantur fr. 8. d. pr. verb. fr. 15. d. cond. c. d. c. n. s. Actionem in factum, quae fr. 10. d. pr. verb. datur, praetoriam esse, adhibito fr. 9. §. 4. ad exhib. evincitur. fr. 23. d. pr. verb. (p. 68—76.).

§. 16. Praescriptis verbis actio utique incerti est, in id, quod actoris interest; (not. 4., in qua eorum sententia examinatur, qui, hanc actionem etiam ut certi condictionem dari posse, dicunt.

Interpretatio fr. 9. pr. d. R. C. Quomodo fieri possit, ut certi condictio ex incerto contractu competat, exponitur.) neque tamen utique bonae fidei est, neque vero etiam ad stricti juris judicia referenda. Hinc, quae ratio intercedat inter actionem de dolo et praescriptis verbis actionem, exponitur. Fr. 5. §. 2. i. f. d. pr. verb.; fr. 7. §. 2. i. f. d. pact. Qua ratione fiat, ut propter evictionem praescriptis verbis actio competat. (p. 76—90.).

## CAPUT III.

*Quo recensentur casus, ex quibus praescriptis verbis actio competit.*

### SECTIO I.

Quae eos casus omnes continet, quibus tutius ducebatur, praescriptis verbis agi.

§. 17. Quae quidem ratio locum habet: 1) si incertum est, utrum ex duobus pluribusve negotiis proditis et propria actione munitis praevaleat. Explicatur fr. 1. §. 1.; fr. 19. pr.; fr. 24. d. pr. verb. (p. 91—98.).

§. 18. 2) si ambigitur, num negotium aliquod intra certi cujusdam contractus fines sese continuerit; quae dubitatio duplice modo oriri potest: nam vel negotium contractum statim ab initio tale est, de cujus natura non satis constet, — fr. 17. pr. d. pr. verb.; fr. 2. §. 2. d. precar.; Paul. V, 6. §. 10.; fr. 19. §. 2. d. precar. (not. 21.); fr. 5. §. 4. d. pr. verb. (fr. 5. pr. §. 5. eod.), — vel etiam per pactum adjectum contractus alicujus figura tantopere mutata est, ut dubitari possit, utrum res intra ejus contractus fines constiterit, an in propriam quandam contractus speciem transierit: fr. 4. d. leg. commissor. c. 2. d. pact. int. emtor. fr. 12. d. pr. verb. fr. 6. d. resc. vend. fr. 50. d. C. E. (p. 98—111.).

§. 19. 3) si quidem contractus aliquis ad perfectionem non pervenit, nihilominus tamen, aliquid negotii gestum esse, dicendum est, quo obligationes natae fuerint: a) fr. 20. §. 1. d. pr. verb. (Gaj. III, 146.) b) fr. 20. pr. d. pr. verb. (fr. 20. §. 2.; fr. 17. §. 4. eod.) c) fr. 13. §. ult. commod. fr. 9. §. 3. d. dol. (p. 111—117.).

## SECTIO II.

Qua ii casus recensentur, quibus, etsi certum sit, vulgarem actionem nullam competere, similitudo quaedam cum contractibus ex nominatorum genere intercedit.

§. 20. De negotiis commodati et depositi similibus agitur; fr. 17. §. 3.; fr. 17. §. 2.; fr. 1. §. 2. d. pr. verb. (p. 117—119.).

§. 21. Quid differat inter emtionem et permutationem, exponitur. — fr. 1. pr. d. rer. perm. fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s. fr. 1. §. 2. d. rer. perm. c. 3. C. eod. c. 4. C. eod. Quid veniat in praescriptis verbis actione, quae ex permutatione competit. fr. 5. §. 1. d. pr. verb. Obligatio ob rem dati, re non secuta; — fr. 19. d. R. C. fr. 35. §. 3. d. M. C. D. fr. 2. §. ult. d. donat; — effectus, qui ex ea nascuntur, quod attinet ad permutationem. — fr. 1. §. 4. d. rer. perm. — fr. 26. d. pr. verb. (p. 120—131.).

§. 22. Negotia locationis et conductionis similia; quae duplice modo a locatione recedunt, quod vel mercedis quantitas in incerto relicta est, — fr. 22.; fr. 15. d. pr. verb. (fr. 5. §. 3. eod.), — vel quod merces in pecunia numerata non consistit, cum vel res pro operis dantur, — fr. 5. §. §. 2.; fr. 6. d. pr. verb., — vel operae pro operis praestantur: fr. 1. §§. 9. 10. depos.; fr. 25. h. t. (p. 131—138.).

§. 23. Quibus modis fieri possit, ut mandatum, licet gratuitum non sit, in locationem et conductionem operarum minime transeat: ut praescriptis verbis actione proxima mandati agendum sit. Obligationis ob rem dati concursus, quae prorsus iisdem casibus nascitur, quibus praescriptis verbis actio competit. — fr. 7. d. pr. verb.; fr. 5. §. 2. eod. fr. 3. §§. 2. 3. d. cond. c. d. c. n. s. c. 10. C. eod. (fr. 16. eod. not. 9.). — His casibus tamen condictio ob causam datorum sic quoque nascitur, ut eum, qui dando obligationi initium praebuit, poeniteat negotii gesti. Quae facultas poenitendi ex ipsa illorum negotiorum indole repetenda dicitur: quae sententia firmatur exemplis aliunde in auxilium vocatis: fr. 1. §. 1., fr. 13. d. cond. c. d. c. n. s.; fr. 7. §. 1.; fr. 8. eod.; fr. 38. §. 1. d. usur. (p. 138—147.).

§. 24. Sequitur interpretatio eorum locorum, quibus poeni-

entiae istius fi mentio, ut probetur, psam hanc poenitentiam ex eorum negotiorum cum mandato affinitate originem trahere: 1) fr. 5. §. 1. d. cond. c. d. c. n. s., collatis fr. 27. §. 1., fr 30. mand. (De constitutione D. Marci ad Aufidium Victorinum vd. not. 6). 2) fr. 5. §. 2. d. cond. c. d. c. n. s. 3) fr. 3. §§. 2. 3. eod.; fr. 5. §§. 3. 4. eod.; qui casus diversus est ab eo, qui fr. 38. §. 1. d. liberal. caus. et c. 4. C. si mancip. ita fuer. alien. proponitur. (fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s. not. 34.). 4) fr. 5. pr. d. cond. c. d. c. n. s. (p. 148—165.).

§. 25. Casus, fr. 13. §. 1. d. pr. verb. propositus, societatis similis est. (p. 165. 166.).

§. 26. Quae de horum negotiorum indole superioribus paragraphis disputata sunt, iis egregie firmantur, quae de praescriptis verbis actione aestimatoria nobis traduntur, quae singulis casibus secundum ejus, quod actum est, indolem vel emti et venditi, vel locati et conducti, vel mandati, vel pro socio actionem imitatur; — fr. 1. d. aestimator. fr. 13. pr. d. pr. verb. fr. 17. §. 1. eod. (p. 166—172.).

## SECTIO III.

Quae eos casus continet, quibus obligationis materia intra ejus legis fines consistit, qua praestitum est.

§. 27. Contractuum materia dilatata est, ex quo ea ratio invaluit, in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere. fr. 48. d. pact. Quibus quidem casibus praescriptis verbis actio vi sua proxime ad actiones incerti ex stipulatu accessit, cum res gesta ad bonae fidei contractus minime respiceret. Recensentur casus, fr. 8. d. pr. verb.; fr. 17. §. 5. eod.; fr. 9. eod. (cfr. fr. 4. fr. 10. d. cond. c. d. c. n. s.); fr. 16. pr., fr. 16. §. 1. eod. (cfr. fr. 33. d. cond. ind.) propositi. (p. 173—182.).

§. 28. Eandem hanc rationem praescriptis verbis actioni subesse, demonstratur, quae ex donatione sub modo facta datur, nec non ei, qua extraneus dotem a se datam repetit, qui hunc in finem pactione sibi prospexit. Pari modo praescriptis verbis actio, quae interdum ex transactione datur, ut alter placitis fidem habeat, huc pertinet. (p. 182—189.).

§. 29. Idem valet de praescriptis verbis actione, tum propter ea, quae super rerum communium usu, durante communione, placuerunt, — fr. 23. commun. div., — tum de iis, quae, facta divisione, ab unoquoque praestanda esse, pacti sunt, — c. 23. C. fam. hercisc. fr. 20. §. 3. eod. fr. 18. §. 2. eod., — tum propter rerum divisarum evictionem factam, competente. (p. 189 —194.).

§. 30. Contractus suffragii, quem vocant, tractatur. Exponuntur rationes, quibus dubitatio oritur, num hoc negotium omnino ad contractus innominatos sit referendum. (p. 194—201.).

## CAPUT IV.

### *Quod summam eorum continet, quae in antecedentibus disputata sunt.*

§. 31. Quaenam sit divisionis casuum, e quibus praescriptis verbis agendum est, a nobis institutae ratio ac fundamentum, exponitur. Ex iis, quae omnium illorum casuum communia reperiuntur, contractuum innominatorum tum notio, tum indoles conficitur. (p. 201 — 219.).

IMPRESSIT C. E. ROSENBUSCH.

## Emendanda.

P. 8 l. 16 *nisi ea* pro *quam ea.*
— 9 — 28 *naturae* pro *natura.*
— 11 — 15 *plurimorum* pro *prurimorum.*
— 14 — penult. et ult. *commemorat* pro *comemmorat.*
— 15 — 18 et 19 *vocabulum* pro *vobulum.*
— 29 — 3 *autem* pro *auten.*
— 52 — 12 §. 13. pro §. 12.
— 61 — 11 §. 14. pro §. 13.
— 92 — 17 *dijudicandum* pro *dijudicandam.*
— 181 — 25 *permiseris* pro permisseris.
— 185 — 20 *fr.* 20. *ʃʃ.* 1. *cit.* pro fr. 20. §. 1.
— 187 — 5 *concedat* pro *concedit.*
— 207 — 12 post vocem „gestum," comma deleudum delendum est.
— 218 — 17 VV. pro vv.

# LIBER I.

## Romanorum de natura et origine obligationum notiones.

### §. 1.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur rei alicujus solvendae [1]): constat igitur, obligationis originem non ex ipsa rerum natura, sed ex jure repetendam esse: quapropter juris est definire, quando obligatio existat; eo magis cum obligationum substantia non in eo consistat, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum [2]). Nam cum non ea sit vis obligationis, ut aliquid nostrae potestati ita subjiciat, ut facili negotio, quod ita

1) pr. I. d. obl.
2) fr. 3. pr. D. d. obl. et act.

nacti fuerimus, contra quemcunque manibus et viribus nostris defendere possimus [3]), sed in eo potius fere omne obligationum commodum versetur, quod actiones paratae sunt [4]), quibus jus ex ipsis quaesitum non tam defendamus, quam per solutionem ab adversario impetratam consequamur: cum actiones nisi in civitate jure et legibus ornata non inveniantur: consequens est, obligationem magis etiam, quam reliqua jura in privatorum utilitatem parata ex jure descendere. Quae autem juris auctoritas non solum tuetur et sustinet, verum etiam progenuit, ea utique ad juris normam regenda sunt. Quare nec absonum videtur, si negotiorum, quae obligationem pariunt, figura ad certam legem conformanda est; si vel totus ille obligationis effectus, qui in actione consistit, ad certas quasdam negotiorum species restringitur. In iis utique obligationibus, quae ex delicto nascuntur, nunquam dubitatum est, tale quid rectae rationi convenire. In illis contra, quae proxime ex hominum libera voluntate descendere videntur, quippe ex negotiis, quorum contrahendorum unicuique liberum est arbitrium, plurimae hac de re altercationes exortae sunt. Quod tamen quomodocunque se habeat, juris nostri civilis eam utique fuisse sententiam constat, omnem obligationem ex jure repetendam esse. Quae quidem sententia effecit, ut non solum delicta, quae obligationem producerent, certa definitio-

3) c. 20. C. d. pact. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. fr. 34 pr. d. auro" argento etc.

4) fr. 15. d. R. I. „Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur."

ne concluderentur, sed etiam omnium negotiorum ea tantum obligationem et per consequens actionem parerent, de quibus hoc jure statutum erat.

## §. 2.

Privatum jus, quo utimur, tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus [1]). Ex triplice igitur fonte hausta videntur, quaecunque jure reguntur. Nihilominus tamen jus nostrum, quo utimur, et cujus praecepta tanquam unicam agendi regulam sequimur, unum est. Quod enim prima origine diversum fuit, et quod hodie etiam separari et facili negotio probe discerni potest, si ad rerum principia et fontes recedimus, temporis progressu ita in unum velut corpus coaluit, ut omnium eorum, quae in hanc conjunctionem minime recepta sunt, nullus supersit usus. Ex quo enim illa ratio invaluit, ut omnes omnino homines, ejusdem civitatis imperio subjecti, eodem jure uterentur, neque alio cives, alio peregrini, alio servi: ex quo omnibus ejusdem juris commercium impertitum est, solius juris civilis superest usus. Quod quidem Justiniani potissimum temporibus videtur factum esse. Imperator enim disertis verbis praecepit, leges illas, quas omni reipublicae suae sanctione posuerit, omnibus antiquioribus derogare, et neque in judicio, neque in alio certamine, ubi leges necessariae sint, aliis legibus utendum esse, nisi quas ipse tulisset [2]):

---

1) fr. 1. §. 2. d. J. et J.

2) c. Tanta. §. 19. d. confirm. Dig.

ut hodie dicendum sit: quamvis maxime aliquid ex juris naturalis, jurisve gentium praeceptis ratum firmumve habendum sit, nisi juris civilis auctoritas accedat, nullum ejus esse usum. Neque huic sententiae repugnat, quod in Digestis Gajus affirmat [3]), omnes populos, qui legibus et moribus regantur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure uti. Quod enim naturalis ratio inter omnes homines constituerit, id apud omnes peraeque custodiri. Illustratur enim haec Gaji sententia Ulpiani quodam loco [4]), quo docet: Jus civile esse, quod neque in totum a naturali vel gentium recedat, neque per omnia ei serviat: itaque cum aliquid addamus vel detrahamus juri communi, jus proprium, id est civile, nos efficere.

## §. 3.

Cum haec ratio in toto jure obtineat, optimo jure concludi possit, in obligationibus haec omnia et ipsa locum habere. Duplex tamen ratio huic sententiae videtur adversari. Nam cum obligationum ea sit natura, ut alter alteri se obstringat ad praestandum aliquid: cum praeterea inter contrahentes solos res agatur, neque ad ullum alium pertineat: cum denique totum fere jus, quod ad obligationes ex contractu oriundas pertinet, ad privatorum tantum utilitatem spectare videatur, neque quidquam ex jure publico admixtum habeat: rectae rationi maxime conveniens videri possit, ut, quidquid cives inter se pacti sint, ratum habeatur

3) fr. 9. d. J. et J.
4) fr. 6. eod.

et firmum maneat, dummodo ne saluti publicae adversetur. Verum enimvero statim initio monuimus, omne obligationum commodum in eo verti, quod remedia juris parata sint, quibus ab altero, quidquid promiserit, consequamur. Cujus autem ope jus aliquod consistit, ejus est definire, quando ipsum illud jus competat. Quapropter haec quidem non amplius refellenda videntur, utpote quae merito nostrae sententiae opponi nequeant.

Major autem difficultas eo moveri videtur, quod hodie quoque non solum plurimis locis *naturalis* obligationis in jure nostro fit mentio, sed etiam talis obligatio omni effectu minime est destituta. Quod quidem minus nos turbaret, si tali appellatione nihil aliud significaretur, quam quo fonte haec obligatio primitus orta sit [1]). Sic enim modi acquirendi dominium naturales a civilibus distinguuntur: nihilominus tamen hodie eadem eorum est in jure vis et auctoritas: sic etiam naturalis possessio civili opponitur; sed naturalis possessionis appellatio non tam ad jus, quo talis possessio comprobata sit, referenda videtur, quam potius ad factum, quo consistit possessio [2]).

Jam vero vidimus, obligationem nisi in jure consistere non posse: naturalis igitur obligationis

1) Id quod fr. 16. §. 4. d. fidejussor. factum videmus. Cfr. etiam Mühlenbr. doctr. Pand. §. 327 not. 2.

2) Huic sententiae minime repugnant, quae Savigny, Recht des Besitzes p. 72 sqq. de *naturalis possessionis* significatione tradit. Hic enim non tam vocis „*naturalis*“, quam „*possessionis*“ significatio variare videtur, id quod eo cernitur, quod „*possessionis*“ vocabulum solum duplicem illam sententiam praebet.

commemoratio indicat, tales obligationes ex jure naturali et gentium ortas esse [3]); et cum naturalis obligatio non tam respectu originis habito civili oppponatur, quam potius ubi de cujusvis obligationis effectu quaeritur: inde videtur effici, hodie quoque obligationes esse, quae non ex jure civili effectum et vires sumant. Attamen hoc alienissimum esse a jure nostro, non solum directis verbis significatur, sed etiam ipsius naturalis obligationis indoles et natura minime a regulis supra traditis abhorret.

## §. 4.

Justinianus imperator ipse docet [1]), obligationem esse juris vinculum, quo necessitate adstringamur alicujus rei solvendae *secundum nostrae civitatis jura.* Quibus quidem verbis aperta significatione declaratur, eam tantum Romanis obligationem habitam esse, quae ex jure civili descendat. Alterum argumentum est, quod juris nostri auctores, omnium obligationum summam divisionem in duo genera deduci, dicunt: namque aut civiles esse, aut praetorias. Civiles esse, quae aut legibus constitutae, aut certe jure civili comprobatae sint: praetorias esse, quas Praetor ex sua jurisdictione constituerit [2]). Quae vero Praetores introduxerint adjuvandi,

---

3) fr. 84. §. 1. d. R. J. „Is natura debet, quem jure gentium dare oportet.“ fr. 41. d. cond. ind. fr. 59. d. obl. et act.

1) pr. I. d. obl.

2) §. 1. I. d. obl. Cui loco arctissime cohaeret Ulpiani dictum quoddam: „omnes actiones vel civiles dici, vel honorarias.“ fr 25. §. 2. d. obl. et act.

vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, ea et ipsa ad jus civile, id est ad jus proprium ipsius reipublicae Romanae referenda esse, non est quod dubitemus. Quippe Marcianus [3]) jus honorarium vocat vivam vocem juris civilis. Pari modo Paulus [4]) docet: „Nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium." Certe hodie ex quo ea, quae primo ex jure honorario nata erant, in Justiniani sanctionem recepta sunt, nequaquam dubitari potest, id quod nec olim dubitatum vidimus, pari virtute habenda esse ea, quae ex magistratuum edictis, quam quae ex jure civili, quod arctiore sensu vocatur, nempe ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venerint. Et quamvis eae potissimum Praetoris partes fuerint, ut arcessitis ex jure naturali et gentium, quae sibi utilia viderentur, jus civile dilataret, maximum tamen discrimen inter jus honorarium, quod et ipsum Romanae reipublicae proprium erat, et jus naturale gentiumve statuendum est.

Superest igitur, ut tum exploremus, tum definiamus, quaenam sit naturalis obligationis indoles ac natura. Apud antiquos populos eam maxime rationem praevaluisse constat, ut omne jus ex civium in una eademque civitate conjunctione proficisci crederent: quo factum est, ut olim hostis et peregrinus idem prorsus significarent; [5]) ut cum ceteris populis, qui sibi non foedere juncti, aut suae ditionis facti essent, aeternum quasi bellum inter-

3) fr. 8. d. J et J.

4) fr. 11. eod. Cfr. Cicer. Top. c. 5 i. f.

5) Festus v. status dies. Varro de ling. lat. V, 1. §. 3.

cedere videretur; ut juris civilis nemo particeps haberetur, nisi is, qui vel civitatem, vel singulari beneficio commercium juris civilis adeptus esset. Cum hac autem ratione, quam apud Romanos olim acerrime observatam videmus, arctissime cohaeret, ita ut ab ea sejungi non posse videatur, illa sententia: civem et ipsum nullo alio jure obstringi, nisi quod ipsius civitatis proprium sit, nisi quod populus ipse sibi constituerit. Tota juris civilis Romanorum historia hujus rei praebet testimonium: ubicunque enim aliquid tum ex jure Quiritium profectum, tum ex jure gentium in jus civile receptum videmus: semper utique id quod jure Quiritium constitutum est, tempore praecedit: quod quidem nulla alia ratione explicari posse videtur quam ea, quam modo attulimus. Quod enim naturalis ratio apud omnes peraeque gentes constituit, id obtinuerit necesse est, cum nondum de populi Romani origine cogitaretur.

Quapropter non multum a vero abhorrere mihi videor existimans, initio apud Romanos nullam aliam obligationem in judicium deduci potuisse, nisi quae ex jure civili primam originem duxisset. Paulatim tamen evenit, ut et eae obligationes, quae jure gentium tales haberentur, in jus civile reciperentur et sic obligationum civilium naturam induerent, quippe quae jure civili actionibus munirentur [6]). Aliae deinde obligationes ex Praetoris jurisdictione introductae sunt: et sic quod primo arctissimis finibus circumcludebatur, temporis progressu satis amplificatum est. Ipsius quoque

6) Cfr pr. I. d. obl.

naturalis obligationis ratio habita est, cujus rei haec ratio videtur reddi posse.

§. 5.

Si quid naturali quadam ratione apud omnes gentes peraeque custoditur, non immerito hoc rectae rationi convenire censemus; si quid vero omnium gentium jure receptum videmus, optimo praeterea jure conjicimus, hujus rei usum necessitate quadam omnium communi apud omnes similiter constitutum esse. Quae vero sit haec necessitas, varie definiri potest. Primum omnium constat, ea, quae ex ipsa humana natura descendunt, quae jure illo naturali profluunt, quod natura omnia animalia docuit, neminem a se repellere posse: nemo enim humanam naturam exuere potest. Deinde quae ex hominum inter se conjunctione et vitae communis consuetudine sequuntur, apud omnes legis vicem obtineant, necesse est. Quo maxime referenda videntur ea, quibus ipsa haec conjunctio continetur; quae si impune violare liceret, ipsa haec conjunctio non esset ferenda, sed statim dissolveretur. Quod quidem non posset non fieri, si hominem homini insidiari liceret, si nulla prorsus fidei ratio habenda esset. Quare fidei sanctitas apud omnes utique populos, si non intacta servatur, certe maximo honore habetur: ipsa denique erga deos religio ad fidei studium cives hortatur.

Quae vero sic ex humanae natura necessitate quadam oriuntur, quae hominum inter se conjunctioni maxime inserviunt, ea jus civile, quippe quod ad civium utilitatem paratum eorum usibus omnimodo prospicere debeat, non potest nihili ae-

stimare. Ipsam vero hanc necessitatem a populo Romano alienam fuisse, nemo certe contendat. Neque enim ferenda est eorum sententia, qui, cum populum Romanum latronum et furum colluvie ortum esse dicant, fidem a tali hominum vilissimorum consortio alienam fuisse censeant [1]. Namque primum omnium non satis constat, num haec re vera fuerit populi Romani origo: deinde latrones quoque invicem sibi fidem praestare videmus: non desunt denique testimonia, quibus constat, fidei et religionis non parvam observationem apud Romanos antiquissimis etiam temporibus fuisse [2]. Nescio equidem, an hujus rei certissimum testimonium praebeat, quod Romae Fidei publicae templum sacratum erat, quod quidem jam Numae temporibus factum esse, testis est Dionysius Halicarnasseus [3]. Ipsi quoque juris nostri auctores innumeris locis testantur, „grave esse fidem fallere" [4], „neque quidquam naturali aequitati magis convenire, nihil tam congruum esse fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerint, servare" [5]; ipse Praetor edixit, pacta conventa servanda esse [6]. Omnium minime autem huic sententiae obstat, quod apud Romanos nuda pactio nunquam obligationem peperit: quod vetustissimis quidem temporibus nulla alia fuit obligatio, nisi quae jure civili

---

1) Meister diss. de in factum actionibus §. 6. Selectorum opusculorum sylloge. Diss. VII.

2) Vid. Hugo Geschichte d. R. R. Edit. XI. p. 74. 76. not. 1. 2.

3) Antiquit. Rom. Lib. II. c. 77.

4) fr. 1. pr. d. pec. const.

5) fr. 1. pr. d. pact.

6) fr. 7. §. 7. eod.

introducta esset. Cujus rei alia ratio afferri potest. Neminem fugit, quantum apud Romanos inde a primis temporibus fuerit libertatis studium. Jam vero obligationis ea est natura, ut libertatem nostram maxime coërceat, cum illa sit ejus vis, ut et inviti praestare cogamur, ad quae nos obstrinxerimus. Quid mirum igitur, quod haec coërcitio arctissimis finibus circumscripta est ab hominibus libertatis studiosissimis; praesertim cum quilibet civis ipse earum legum auctor esset, quibus talis coërcitio introducebatur, atque id, quod primum ex libera cujusvis voluntate profectum erat, in necessitatem convertebatur. A tali animi affectione fides minime abhorret: immo ubi fidei sanctitas intacta adhuc prurimorum animis colitur, ibi remediis ad malevolorum improbitatem coërcendam paratis minime opus erit; ibi mores idem valent, quod leges, ut fides custodiatur.

Cum autem libertati civium adversari videatur, si de quovis negotio coërcitio parata sit: minime libertati repugnat, si ea, quae ex fide bona orta ad finem perducta sunt, revocare minime licet. Quapropter a vero longissime abhorrere videtur sententia existimantium, olim solutionem factam revocari et sic omnia negotia, etiam finita everti potuisse, nisi solemnis quaedam contractus forma adhibita fuisset [7]). Hanc enim naturali obligationi vim jure civili additam esse constat, ut soluta pecunia repeti non posset [8]): quod cum nusquam traditum acceperimus lege aliqua vel

7) Meister diss. cit. §. 6. hoc contendit. Sed nullum certum hujus rei testimonium afferre potest.

8) fr. 19. 64 d. cond. ind.

Praetoris edicto primum introductum esse, hanc rationem inde a primis temporibus obtinuisse, divinare licet. Neque huic sententiae repugnat, quod in donationibus olim, donatione revocata, rem donatam repetere licuit. Constat enim apud Romanos maximum donationum odium fuisse: constat lege Cincia de donationibus cautum esse, ut, exceptis quibusdam casibus, ne in mobilibus quidem rebus mancipatio et traditio ad perficiendam donationem sufficeret, ut res donata vel propter meram poenitentiam repeti posset [9]. Immo ex ipsa hac legis Cinciae constitutione efficere possumus, ceteris omnibus casibus eam naturalis obligationis vim fuisse, ut soluta pecunia repeti non posset: cur enim in donationibus lege opus fuisset, si quovis casu eorum, quae ex naturali obligatione soluta erant, repetitio concessa fuisset? Neque vero etiam nobis objici poterit, quod certis quibusdam casibus rerum solutarum propterea competit condictio, quod ipsum negotium a legibus improbatum est: namque hîc ne naturalis quidem obligatio nata erat.

Firmatur tamen his quoque exemplis sententia nostra, etiam naturalem obligationem vim suam jure civili nactam esse: cum enim haec vis ei jure naturali denegari possit, certum est, ipsam hanc vim juris civilis tantum tuitione consistere. Quod magis etiam de ceteris modis valet, quibus naturalis obligatio vim suam exercet. Namque etiam quod natura debetur venit in compensationem [10], sic vel pro naturali obligatione res hy-

9) Hugo Rechtsgesch. p. 380.

10) fr. 6. de compens.

pothecae dari et fidejussores accipi possunt [11]), sic etiam quod natura debetur constitui potest [12]), neque in novationibus interest, utrum naturalis an civilis praecesserit obligatio [13]). Qui quidem effectus omnes cum minime naturalis obligationis proprii dici possint, omnimodo ad jus civile pertinent, ita ut non amplius dubitari possit, quin et naturalis illa obligatio, cujus legibus nostris fit mentio, de jure civili vires et effectum sumat. Sic probasse nobis videmur, penes Romanos certe illam rationem obtinuisse: non esse obligationem nisi quae jure civili comprobetur [14]). Superest igitur, ut exploremus, quaenam sint istae causae, quae jure civili obligationem pariant.

## §. 6.

Gajus in Institutionum commentariis hanc summam obligationum divisionem proponit [1]): omnem obligationem vel ex contractu nasci, vel ex delicto. Alio quodam loco in Rebus quotidianis [2]), obligationes aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris docet. Justinianus denique in Institutionibus [3]) obligationum divisionem in quatuor species dedu-

11) fr. 5. d. pignorib. fr. 7. d. fidejuss.

12) fr. 1. §. 7. d. pecun. const.

13) fr. 1. §. 1. d. novat.

14) Non obstat huic sententiae fr. 16. §. 4. d. fidejussor. Cfr enim fr. 108. d. V. S. Supra §. 3. not. 1.

1) Gaj. III, 88.

2) fr. 1. pr. d. Obl. et act.

3) §. 2. I. d. obl.

cit: aut enim ex contractu esse, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

Quarum divisionum omnium cum primum locum teneat summa illa divisio a Gajo in Institutionibus suis proposita, cum reliquae divisiones ex illa originem duxisse et nihil amplius sibi voluisse videantur, quam generaliorem illam divisionem accuratiore definitione circumscribere, operae pretium erit, in hujus summae divisionis indolem et naturam paullo diligentius inquirere. Minime autem eorum sententiam verendam existimo, qui a Gajo alienum fuisse contendant, divisione illa omnes obligationum causas comprehendere: eum enim de iis tantummodo obligationibus cogitasse, quae et in Justiniani Institutionibus sub his iisdem nominibus obviae sint. At vero non video, quibus argumentis haec sententia satis defendi possit. Primum enim omnium ex ipsis Gaji verbis patere videtur, eum talem divisionem proponere voluisse, ad quam reliquae omnes utique revocari possint [4]). Hanc enim summam esse divisionem affirmat. Dein vero etiam probari poterit, re vera fieri posse, ut ex hac divisione reliquae deducantur. Quin probaturum me spero, talem hujus divisionis esse rationem, ut omnes omnino obligationes amplectatur.

Cum autem hac de re nihil pro certo statui posse videatur, nisi antea satis expl verimus, quaenam sit genuina et propria verborum a Gajo adhibitorum significatio: hoc primum examinan-

4) Praeterea horum sententiae adversatur, quod Gajus III, 91. indebiti condictionem inter obligationes re contractas commemorat.

dum esse puto. Namque ipse eorundem vocabulorum in variis divisionibus usus satis dilucide monstrat, eorum non semper eandem esse significationem.

Quapropter hoc primum in voce „contractus" examinandum est, cujus triplex significatio apud juris nostri auctores usitata fuisse videtur: Primum enim sensu latissimo ita accipitur, ut omnia omnino facta comprehendat, ex quibus obligatio nascitur, etiam delicta [5]). Quod quidem eo minus nos miros habere potest, quod verborum „obligare" et „contrahere", si genuinam eorum significationem spectes, quoad sententiam quam praebent, maxima est cognatio: utrumque enim vocabulum necti aliquid vel vinciri indicat, quamvis negari nequeat, contractus vocabulum apud ICtos arctiore sensu accipi, quam obligationis [6]).

Habet enim aliquid admixtum contractus vobulum, quod neque obligationis, neque nexus vel vinculi voce exprimitur. Nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt [7]): sic etiam contractum ultro citroque obligationem esse, quod Graeci συνάλλαγμα vocent, Ulpianus docet [8]). Hinc arctior illa contractus significatio vi-

---

5) De qua quidem significatione conferendus est Westenberg de causis obligationum. Diss. II. c. 2. §. 3. fr. 20 de judiciis: "Omnem obligationem pro contractu habendam, exi„stimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur et con„trahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.„

6) Cfr. Hugo Rechtsgesch. p. 280.

7) fr. 1. §. 3. d. pact.

8) fr. 19. d. V. S.

detur orta esse, qua Justinianus usus esse censendus est, ubi ab obligatione ex contractu nata eam sejungit, quae quasi ex contractu nascatur. De his enim contractibus solis valet, quod Ulpianus tradit, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulationem, quae verbis fiat, nisi habeat consensum, nullam esse [9]. Nam licet hoc solo contractus notio minime ab omni parte absolvatur, hoc tamen maxime necessarium requiritur, ut contractus, qui arctiore sensu vocantur, existant; id quod plurimis locis aperta significatione demonstratur: sic qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, nullum enim negotium *inter tutorem et pupillum* contrahitur [10]: sic etiam negotiorum gestorum actiones minime ex contractu nasci intelliguntur, neque enim is, qui gessit, cum absente creditur antea *contraxisse* [11]. Nihilominus tamen aliis pluribus locis tam negotia gesta, quam tutela inter contractus enumerantur: pari modo rerum communio, condictio indebiti contractuum nomine insigniuntur: quin vel ipsa donatio, dotis datio, arrha, transactio hac significatione comprehenduntur: imo precario haec appellatio tribuitur:

9) fr. 1. §. 3. d. pact. Qui quidem locus potissimum recentiores ICtos permovisse videtur, ut in iis negotiis, quae Quasicontractus vocabant, de tacito et ficto consensu cogitarent: qua de re conferendi sunt Westenberg de caus. obl. Diss. II. c. 3. §. 16-18. Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit §. 24. Hugo Civil. Mag. Bd. I. p. 187,

10) fr. 5. §. 1. d. obl. et act.

11) fr. 5. pr. eod.

cujus rei testimonium praebent: fr. 16. d. negot. gest. fr. 23. d. R. J. fr. 1. §. 6. d. pecun. const. fr. 20. d. reb. cred. c. 17. C. d. fide instrumentor.

Qui quidem actus omnes cum in Institutionibus minime inter contractus, qui proprie vocantur, enumerentur, constat contractus vocabulum latiore quodam sensu hic accipiendum esse, ut idem fere significet, quod *negotium:* licet enim negotii latius pateat vocabulum, cum negotia juris omnia sint facta licite suscepta, quibus jurium constituendorum immutandorumve vis legibus addita est [12]), ut minime ad solas obligationes producendas spectent: omnes tamen illos actus, quos modo contractus vocatos vidimus, non solum negotiorum nomine appellatos invenimus, sed etiam negotia, quae jurium constituendorum vim habeant, pari modo atque contractus nudis pactis conventionibusque opponi videmus. Ulpianus enim, ad casum quendam ipsi propositum respondens, civilem actionem oriri posse censet, propterea quod conventio allata non sit nuda, sed habeat in se *negotium* aliquod [13]). Pariter Paulus interdictum de precario merito introductum esse censet, quia nulla eo nomine juris civilis actio sit: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad *negotii* contracti spectare precarii conditionem [14]). Cum ita pactis negotia opponantur, cum id quasi proprium negotiorum dicatur, ut ex iis civilis

12) Hugo Pandecten p. 53. 59. Mühlenbruch doctrina pand. §. 101.

13) fr. 15. d. praescr. verb.

14) fr. 14. d. precario. Cfr. et fr. 1. pr. d. aestimatoria. fr. 19. 22. d. praescr. verb.

actio nascatur, nos minime miros habere potest, quod prae ceteris ipsi contractus, qui proprie vocantur, negotiis annumerantur [15]), quod et is, qui non debitam pecuniam solvit, aliquid negotii gerere dicitur [16]): quamvis enim, qui solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videatur, ut haec species obligationis non videatur ex contractu consistere, alterum tamen nihilominus sibi obligat, et civilem habet actionem [17]).

Cum modo viderimus, contractuum et negotiorum appellatione eos actus significari, qui idonei habeantur ad obligationem efficacem producendam: minime praetermittendum videtur, eadem fere ratione voce *„causa"* ICtos uti. De cujus vocis significatione cum plurimae dissensiones inter ICtos ortae sint, non immerito in ejus significationem, qualis in hac doctrina occurrat, diligentius inquiremus.

Constat inter omnes, propriam et genuinam vocis „causa" significationem eam esse, qua effectum aliquem indicat. Res efficientes enim causae appellantur, quarum duo genera sunt: unum, quod vi sua id, quod sub ea subjectum est, certo efficit: alterum, quod naturam efficiendi non habet, sed sine quo effici non potest [18]). Cum autem ea sit rerum natura, ut nihil sine causa fiat, consequens est, ad diversissima quaeque causae appella-

15) fr. 70. §. 2. d. legat. I, fr. 5. §. 1. d. obl. et act. fr. 22. d. praescr. verb. fr. 2. d. obl. et act.

16) fr. 33. d. cond. ind.

17) fr. 5. §. 3. d. obl. et act. Gaj. III. §. 91.

18) Cfr. Cicer. Topic c. 14-18.

tionem adhiberi, — variant enim causae secundum effectuum varietatem, — id quod etiam a juris nostri auctoribus factum videmus. Nobis tamen propositum est, eas potissimum significationes explorare, quae praeter genuinam illam et generalem notionem prae ceteris in jure obligationum et actionum obviae sunt.

Quae quidem pars juris cum praecipue ad liberas hominum actiones spectet, quid mirum, quod voce „causa" saepissime ea ratio indicatur, qua hominum animus et consilium regitur, et destinatur. Quo maxime pertinent causae contrahendi, et prae ceteris cum aliquid ob causam datur. Sic enim interpretanda videntur:

fr. 52. d. cond. ind. (Pomponius):

„Damus aut ob causam, aut ob rem. Ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit."

fr. 65. §. 2. eod. (Paulus):

„Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest" [19]).

---

19) Minime autem dici poterit, causam hic pro praestatione jam facta accipiendam esse. Licet enim re vera factum praecesserit, quo quis ad dandum permovebatur; licet ipsum hoc factum dationi ansam praebuerit; neutiquam tamen „factum", et „causa" pro iisdem habenda sunt, ut in

Dein vero ipsae illae actiones causae obligationum vocantur. Leges enim certis quibusdam actionibus vel factis eam vim tribuerunt, ut ex iis

---

his locis omnibus „causa" pro „praestatione" accipienda sit. Nescio enim, quomodo cum hac sententia conjungi possint fr. 17. §. 2.; fr. 72. §. 6. de cond. et demonstrat. Nihilominus Schmitthenner in libro: Ueber Verträge, insbesondere das Reuerecht §. 25. 27. hanc sententiam tuetur, et acriter defendit. Negari quidem nequit, id quod ex ipsa rei natura sequitur, semper fore, ut causa praecedat effectum: ubi hoc autem ad animi consilia refertur, ubi igitur causa agendi in voluntate posita est, nihilominus fieri poterit, ut causa, propter quam aliquid facimus, de futuro arcessita sit: neque enim necesse est, animum praeteritarum utique rerum contemplatione regi, cum ei et futura appetere liceat. Neque hoc juris nostri auctores fugit, qui quidem saepissime aliquid ob causam datum dicant, ubi datum erat non propterea, quod aliquid jam factum esset, sed ut fieret. Exemplo sit e plurimorum locorum numero c. 10. C. d. cond. ob caus. dator. „Pecuniam a te datam, si „haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed „fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum „est". Dein vero etiam fr. 1. §. 2. d. cond. ob turp. caus. „Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta „sit, repeti potest." Ipsae denique titulorum Codicis IV, 6. „de condictione ob causam datorum" et Digestorum XII, 5. „de condictione ob turpem vel injustam causam" rubricae hoc testantur. Nihil autem pro Schmitthenneri sententia facit loquendi formula „*causa secuta*": namque hîc quoque causa minime pro praestatione accipienda est, sed propriam suam significationem retinet: utuntur enim dicendi formula, quae ellipsis vocatur; proprie enim dicendum esset: „id, quod causam dando dedit, secutum est." Ceterum quod attinet ad interpretationem fr. 52. 65. §. 2. 3. d. cond. ind., nobiscum facit Mühlenbruch doctrin. pand. §. 338. not. 4. 5. et §. 643. not. 7.

obligationes nascantur, sic quidem, ut haec facta ad primum illud causarum genus referenda videantur, quae vi sua id quod sub iis subjectum est certo efficiunt. Quo pertinent contractus et delicta. Facillime igitur fieri poterat, id quod re vera factum videmus, ut causae appellatione omnia facta insignirentur, quae obligationem parerent: ut recte dicat Gajus [20]), filiumfamilias ex omnibus *causis* tanquam patremfamilias obligari; neque minus Ulpianus [21]), certi condictionem tam ex legati *causa* et ex lege Aquilia, quam ex *causa* furtiva competere, recte tradat. Sic etiam intelligendum est, quod traditur, obligationes aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis *causarum* figuris [22]). Saepius tamen arctior quaedam vocis „causa" significatio occurrit, qua idem fere valet, quod *negotium* et *contractus*, si quidem latiorem hujus vocis notionem spectes. Nihilominus tamen hîc quoque genuinam vocis „causa" vim ac potestatem cognoscere licet, ut saepe dubitari possit, utrum causa hoc sensu accipienda sit, an illo, quo negotium adesse significet. Cujus rei exempla praebent: fr. 1. §. 6. d. pecun. const. fr. 5. §. 3. d. O. et A. fr. 93. §. 1. d. legat. III. fr. 49. §. 1. d. pecul. Cfr. et fr. 16. i. f. d. O. et A. Huc pertinet, quod dicunt, ex *causa* lucrativa aliquem vel debere aliquid, vel habere, vel petere [23]); huc quoque, si cui ex justa *causa* res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis, aut

20) fr. 39. d. O. et A. 21) fr. 9. §. 1. d. reb. cred.
22) fr. 1. pr. d. O. et A.
23) fr. 17. 19. d. O. et A. §. 6. I. d. legat.

donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus sit, si ejus rei possessionem casu amiserit, Publicianam actionem competere [24]); huc quoque, ita tantum traditione dominium transferri, si venditio, aut aliqua justa *causa* praecesserit, propter quam traditio sequeretur [25]).

Cum autem harum causarum ubique ea sit ratio, ut sua quasi vi obligationem pariant, merito talis causa nudae conventioni opponitur, ut recte dicatur: cum nulla subsit *causa*, propter conventionem solam non posse constitui obligationem. Sic enim interpretandus videtur locus celeberrimus fr. 7. §. 2. 4. d. pact., de quo quidem infra latius tractabimus.

## §. 7.

Cum ita ostenderimus, „*contractum*", „*negotium*", „*causam*", quoad obligationes producendas pari virtute habita esse, et, cum eadem illorum sit vis et potestas, nudis pactis pari modo opponi; res jam eo deducta videtur, ut docere possimus, quale discrimen inter has quidem obligationum causas et *delicta* intercedat. Hoc si satis exploratum erit, fieri poterit, ut definiamus, quomodo summa illa obligationum divisio a Gajo proposita intelligenda sit.

Delicti latissime patet vocabulum: quodvis enim factum comprehendit, quod non jure, sed injuriae quodam genere fit in damnum alterius, ut omnia omnino facta illicita significet; quin, vel sufficiat, aliquid omisisse, ad quod obstrictus eras:

24) §. 4. I. d. act. 25) fr. 31. d. A. R. D.

neque omnino dolo opus est [1]). Quapropter juris nostri auctores, ubicunque aliquid tum contra reipublicae leges, tum contra jura privatis constituta factum sit, delictum commissum esse censent. Obligatio autem, quae ex delicto oritur, tum ad damnum resarciendum, tum vero etiam ad delinquentis poenam spectat.

Cum delicti significatio sic quam latissime pateat, mirum videri possit, quod apud ICtos praeter delicta etiam *quasi-delicta*, vel potius obligationes *quasi ex delicto*, saepissime commemorantur. Minime quidem me fugit, hunc loquendi usum rubrica tituli Inst. IV, 5. — „de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur" — niti. Nescio tamen, an fortuito casu minime accidisse censendum sit, quod ipsi juris nostri auctores usquequaque verbis *„maleficio"* et *„quasi ex maleficio"* utuntur. Ipse Gajus, qui in Institutionibus suis simpliciter obligationibus ex *contractu* obligationes ex *delicto* opponit, in Rebus quotidianis, ubi differentiam quandam statuit inter obligationes ex delicto oriundas, semper utique discernit inter eas obligationes, quae proprie ex *maleficio*, et eas, quae *quasi ex maleficio* oriantur [2]). Idem loquendi usus in Justiniani Institutionibus observatur [3]). Maleficii autem notio angustior est, quam delicti: quapropter rectius, quasi ex *maleficio* actionem nasci, dici poterit, quam

1) §. 3. I. ad leg. Aquil. Cfr. Mühlenbruch doctr. §. 89.
2) fr. 1. pr. fr. 5. d. O. et A. fr. 6. d. extraord. cognit.
3) §. 2. I. d. obl. Iust. IV, 5. d. obl. quae quasi ex del. Inst. III, 27. d. obl. quasi ex contr. §. 1. I. d. act pr. §. 1 I. d. noxal. act.

quasi ex *delicto*. Rubrica enim tituli Inst. IV, 5. citata in exemplum minime trahenda videtur [4]).

Jam vero si ex me quaeras, quale discrimen intercedat inter obligationes, quae ex contractu, et eas, quae ex delicto nascuntur, hoc maxime notandum puto: Omnes obligationes ex hominum actionibus factisve originem ducunt [5]): hominum facta

4) Simili modo rubrica tituli Inst. I, 3. non videtur in exemplum trahenda. Vd. enim Hugo Rechtsgesch. p. 116. sq.

5) Quod modo posuimus, omnes omnino obligationes ex factis proxime nasci, a recentioribus ICtis minime conceditur. Id quidem nemo hodie contendat, esse obligationes, quae immediate ex lege descendant; constat enim hodie apud omnes, praeter legis auctoritatem subesse aliquid oportere, quo proxime obligatio nascatur, id quod proximam obligationis causam vocaverunt, legem remotam obligationis causam dicentes. Cfr. Thibaut Versuche Bd. I. p. 201. 207. Jam vero plurimas obligationes esse dicunt, quae non tam ex factis, quam potius ex personae conditione quadam nascantur: et primum quidem 1) hujus modi esse civium erga rempublicam obligationem, qua obstricti omnes reipublicae debeant, „quae pertineant ad juvandam eam rebus necessariis." Vix tamen crediderim, fore qui hanc Donelli (Comment. jur. civil. XII, 4.) sententiam hodie etiam sequantur. Hanc enim non esse obligationem, facili negotio cum demonstrari poterit, tum a plurimis demonstratum est. 2) Hujus similem esse obligationem, qua parens liberis alimenta debeat: idem valere de reliquis casibus, ubi alimenta praestanda sint, vel parentibus a liberis, vel patrono a libertis. At vero non dubito, quin probari possit, ex Romanorum certe sententia hanc non esse obligationem. Nemo certe dicat, adesse hic debitorem et creditorem, in omni obligatione obvios. Praeterea nusquam actio parata est, quae huic obligationi respondeat: sufficit enim, si quis praejudiciali actione, filium se esse, probaverit, ut alimenta

autem, si ad jus civile spectas, in duo summa genera deduci posse videntur: aut enim licita sunt,

a patre consequatur, ad quae praestanda parens a judice cogitur. fr. 5. d. agnosc. et al. lib. Idem valet de dote danda. fr. 19. d. ritu nuptiar. Ceterum vide Hugo Civil. Mag. Bd. I. p. 200., et Bd. III. p. 406. 3) Actiones illas, quas recentiores adjectitiae qualitatis esse dixerunt, in patrem comparatas, si quod negotium cum filio in patris potestate constituto gestum esse dicatur, nostrae sententiae adversari, nemo forte contendat. Vd. enim Keller üb. Litis Contest. u. Urth. p. 421. Idem valere puto de noxalibus actionibus, tum filii, tum servi nomine contra patrem vel dominum competentibus. At vero si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, minime contendi possit, ex delicto actionem nasci, id quod a Webero (Natürl. Verbindl. §. 34.) vehementer urgetur. Nihilominus probari possit, tale quid Romanis obversatum esse. Licet enim ipsi definiant, pauperiem esse damnum sine injuria facientis datum (pr. I. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur), haec tamen actio in iis solis, quae contra naturam moventur, locum habet, si genitalis sit feritas, cessat. Contra naturam autem fecisse dicunt, si qua lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint. Praeterea haec animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem: unde magis etiam efficere licet, ex Romanorum sententia brutorum quodammodo delictum in hanc actionem venire. 4) Neque vero etiam reliquae actiones in rem scriptae nostrae sententiae repugnant. (Cfr. Hugo Rechtsgesch. p. 276 l. 21-24.) In his enim semper utique aliquid occurret, quod vel ad negotii alicujus, vel ad delicti rationem referri possit. Praeterea hae actiones, licet in personam actionibus annumerentur (§. 31. I. d. act.), mixtam veluti causam continere videntur. Id enim Ulpianus (fr. 25. pr. d. O. et A.) actionum in rem proprium esse dicit, quod semper adversus eum sint, qui rem possideat, cum in personam actio ea sit, qua cum eo agamus, qui obligatus sit nobis ad faciendum

aut illicita. Facta licita, quibus ea vis legibus addita est, ut ad jura tum constituenda, tum immutanda valeant, negotiorum nomen et potestatem nanciscuntur, et, cum in his fere omne hominum commercium positum sit, quoad obligationes maxima auctoritate gaudent. Quae vis cum neque omnibus factis licitis, neque omnibus eadem ratione addita sit: cum plurima legibus certam quandam formam et secundum formae varietatem varia nomina et varios effectus nacta sint: fieri non potuit, quin secundum variam eorum formam et indolem varia genera negotiorum discernerentur.

Facta illicita autem hunc legum quasi favorem minime meruerunt: neque enim in iis hominum commercia versantur: immo quam maxime coërcenda sunt, quippe quae reipublicae saluti adversentur: quapropter poenae adversus ea paratae sunt; quapropter, si cui ex tali facto damnum contigerit, obligatio nascitur, qua is, qui deliquit, ad damnum datum resarciendum utique tenetur: qui quidem effectus, minime ad certam quandam ipsorum formam restrictus, statim nascitur, ubi de-

---

aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habeat. 5) Condictionem indebiti autem secundum Romanorum sententiam ex negotio quodam nasci supra (p. 18.) a nobis probatum est. (Adde fr. 13. §. ult. commodati). Quare haec nostrae sententiae minime adversatur, neque cum Webero (l. l. §. 35.) obligationibus immediate ex lege oriundis videtur annumeranda. Idem de ceteris condictionibus hujus similibus valet. — Minime tamen me fugit, haec omnia longiore expositione indigere: neque tamen despero, fore qui censeant, me non prorsus a vero aberrasse.

lictum commissum est: quare obligatio ex delicto oriunda uno genere consistere videtur [6]).

Cum igitur omnem obligationem ex jure descendere probaverimus: cum obligationes omnes ex factis nasci certum sit, ex iis quidem, quibus haec vis legibus addita est: cum facta omnia vel licita sint, vel illicita: necesse est, obligationes omnes secundum factorum, ex quibus oriantur, rationem in duo summa genera deduci: quare quae ex licitis factis oriuntur, obligationes ex contractu, quae ex illicitis, obligationes ex delicto vocantur.

## §. 8.

Hanc autem veram et propriam Gaji sententiam fuisse, minime dubito. Loquendi usum ab hac sententia non abhorrere supra ostendimus: latius enim demonstravimus, „*contractus*“ vocabulum saepissime idem quod „*negotii*“ et „*causae*“ significare; „*delicti*“ autem vocabulum latissimo hoc sensu accipi posse, non est quod dubitemus. Re vera denique fieri poterit, ut omnes omnino obligationum causae, quascunque a juris nostri auctoribus traditas accepimus, ad haec duo factorum genera referantur. Neque nostrae sententiae adversatur, si quaedam mixtam veluti causam contineant.

Ipsos quoque juris nostri auctores hoc, quod modo demonstravimus, minime fugit. Saepissime enim actionibus ex contractu venientibus actiones ex delicto natas tali ratione opponunt, ut de omnibus omnino obligationum causis cogitasse eos

---

6) Gaj. III. §. 182. fr. 4. d. O. et A.

constet; cujus rei exempla minime desunt. Sic enim Paulus [1]), ex contractibus venientes actiones in heredes dari, docet, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum sit [2]): unde efficere licet, ex solis delictis venientes actiones in heredes non dari: et re vera in Institutionibus [3]) aperta significatione traditum invenimus: certissimam esse juris regulam ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae; aliis autem locis [4]) significatur, de obligationibus, quae quasi ex maleficio nasci dicuntur, prorsus idem valere. Simili ratione Ulpianus [5]), servos ex delictis quidem obligari, et si manumittantur, obligatos remanere, tradit: ex contractibus civiliter quidem non obligari, sed naturaliter et obligari et obligare. Prorsus idem discrimen in iis casibus observatur, quibus filiorum servorumque nomine in patrem vel dominum actio competit. Ubi enim cum eo, qui in aliena potestate est, negotium [6]) gestum esse dicitur, in patrem et dominum vel peculio tenus, vel in solidum actio competit: ex maleficiis autem eorum noxales actiones proditae erant. Quod quidem discrimen hodie magis etiam

1) fr. 49. d. O. et A.

2) Cfr. fr. 12. eod. fr. 7. §. 1. deposit.

3) §. 1. I. de perp. et tempor. act. Gaj. IV, 112. 113.

4) §. 3. I. d. obl. quae quasi ex del. nasc. fr. 5. §. 5. d. his, qui effud.

5) fr. 14. d. O. et A.

6) Negotium hoc loco omnes obligationum causas praeter delicta significare, manifestum est. I. IV, 7.

exauctum est: quippe hodie pater negotiis quidem a filio gestis obligari potest, delictis nunquam [7]. In his auten casibus omnibus hac divisione omnes obligationum causas comprehendi, nemo infitias ibit.

Neque vero etiam juris nostri auctores fugit, quo fundamento discrimen illud inter obligationes ex contractu et ex delicto venientes nitatur, et qualis differentiae sit ratio. Cum enim in contractibus sive negotiis haec ratio obtineat, quod statim ab initio hoc animo agamus, ut vel alterum nobis, vel nos alteri obstringamus, — qui quidem animus minime deesse potest, ut obligatio constituatur [8]), — ex maleficio nascentes obligationes re tantum consistunt [9]), et qui ex delicto obligatur, semper utique invitus obligatur, neque enim eo animo egit, ut alteri se obligaret: ut recte Gajus [10]), obligationes ex delicto venientes omnes unius generis esse, affirmet. Eadem Ulpiani [11]) quoque

7) §. ult. I. d. noxal. act. Hic quoque obligationes quasi ex maleficio obligationibus ex delicto annumerari, videre licet. Si quid enim ex coenaculo filii, qui seorsim a patre habitat, dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, sive filiusfamilias judex litem suam fecerit; in patrem nulla est actio, sed cum ipso filio agendum erit. §. 2. I. d. obl. quae quasi ex del.

8) fr. 3. §. 1. 2. d. O. et A. (Paul.)

9) fr. 4. d. O. et A. (Gaj. Aureor.) 10) Gaj. III. §. 182.

11) fr. 25. §. 1. d. O. et A. Ulpianus in factum actiones quoque hoc loco commemorat. Quod tamen nullo alio animo eum fecisse arbitror, quam ut caveret, ne ex facto actiones cum actionibus in factum permiscerentur. Non enim video, quomodo aliter huc pertineant.

sententia videtur fuisse, actiones quasdam ex contractu, quasdam ex facto nasci dicentis. Ex contractu enim actionem nasci, inquit, quoties quis sui lucri causa cum altero contrahat, ex facto actionem esse, quoties quis ex eo teneri incipiat, quod ipse admiserit.

## §. 9.

Cum his omnibus utique nostra sententia firmetur existimantium, summam illam obligationum divisionem, a Gajo propositam, tum omnes omnino obligationes complecti, tum recta ratione munitam ex ipsa rerum natura profectam esse: superest, ut doceamus, qualis reliquarum divisionum, saepius commemoratarum, sit ratio, quae tantum abest, ut huic summae divisioni repugnent, ut ex ipsa originem duxisse videantur. Neque secundum ea, quae jam in medium protulimus, longa probatione opus erit. Satis abunde enim ostendimus, divisionem illam a Justiniano factam totam ad summam Gaji divisionem referri posse. Nihil enim aliud factum videmus, quam ut obligationes ex contractu et ex delicto venientes accuratiore distinctione definitae sint. Cum enim ab obligationibus ex contractu venientibus obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur, segregantur, summum genus in singulas quasdam species diducitur: neque quidquam interest, quod in Institutionibus non omnes species enumeratas videmus, quae in universum ad hoc summum genus referri queant. Ex aliis enim locis constat, ceteras quoque obligationes ex quocunque negotio ortas huc trahi. Simili ratione quod attinet ad obligationes ex delicto venientes,

distingui poterat inter eas, quae proprie ex maleficio natae erant, et eas, quae quidem minus proprie ex maleficio ortae dicebantur, in quibus tamen aliquid peccatum esset [1]). In has quoque omnes latiorem illam delicti notionem cadere, constat. Quapropter vix crediderim, fore qui negent hanc Justiniani divisionem ad summam illam Gaji divisionem apprime accedere.

Majorem autem difficultatem videtur movere altera illa ipsius Gaji divisio, ex Rebus quotidianis in Digestis recepta: omnem obligationem aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, aut ex variis causarum figuris [2]). Sed minime despero, hanc quoque divisionem ad priorem illam, ab eodem Gajo in Institutionibus traditam referri posse. *„Contractus"* et *„maleficii"* vocabula hîc arctiore sensu accipienda esse, ut idem significent, quod in Justiniani Institutionibus, ex sequentibus [3]) constat. Quaeritur tantum, quaenam sint illae obligationes, quas *ex variis causarum figuris* nasci Gajus tradit. Minime autem dubito, proxime eum de his cogitasse, quae in Justiniani Institutionibus quasi ex contractu et quasi ex maleficio nasci dicuntur [4]): immo has solas animo ejus obversatas esse, eumque de his solis egisse, pro certo affirmari posse crediderim.

Inspicientibus nobis titulum Digestorum de obligationibus et actionibus statim occurrit, quod quinque

---

1) fr. 5. §. 4. 6. d. O. et A. 2) fr. 1. pr. d. O. et A.
3) fr. 1-4. d. O. et A.
4) Weber Natürl. Verbindl. §. 22. contra dissentientes hoc evicit. Vd. ibi not. 1.

primis fragmentis omnes fere[5]) obligationum causae, quae in Institutionibus [6]) reperiuntur, enumerantur: ordo tamen ad divisionem illam ex Gaji Rebus quotidianis arcessitam conformatus est. Cujus ordinis haec mihi videtur fuisse origo et natura: Gajo quod attinet ad Res quotidianas minime propositum fuisse videtur, prorsus novum opus exarare: sed vel id egit, ut in his emendaret et suppleret, quae forte in Institutionibus cum omisisset, tum brevius attigisset [7]), vel repetitam Institutionum praelectionem facere instituit. Neutiquam tamen eo consilio videtur fecisse, ut Rebus quotidianis Institutionum usum tolleret; et cum Institutiones eum in finem conscriptae essent, de quibus scholae haberentur, huic consilio conveniens ducere debebat, vel minime ab harum ordine recedere, praesertim cum tironibus traderentur. Jam vero in Institutionibus obligationes in duo summa genera diduxerat, nam vel ex contractu (negotiis), vel ex delicto (factis illicitis) eas nasci dixerat. Quorum generum tamen singulas tantum species tradiderat: egit enim de iis tantum obligationibus, quae proprie, arctiore sensu, ex contractu vel ex maleficio nasci dicebantur. Minime autem eum fugiebat, alias superesse species, eodem referendas. Has igitur uno nomine obligationum ex variis causa-

5) Deest enim communi dividundo judicium.

6) Ad hoc librorum genus Gaji Res quotidianas connumeratas esse a juris nostri conditoribus, constat. Vd. Hugo Rechtsgesch. p. 880.

7) Hanc Hugonis sententiam, de qua vide Civil. Mag. VI. p. 262. et Rechtsgesch. p. 880., nostram fecimus, et hac maxime freti sequentia exposuimus.

rum figuris complexus, appendicis instar, novam veluti speciem ad duas priores species adjecit, id quod ex fr. 1. 4. 5. d. O. et A. apparet. Eas autem obligationes huc contulit, quae quasi ex contractu et quasi ex maleficio nasci videbantur [8]); neque a vero abhorrere mihi videor, si has solas hoc loco ab eo commemoratas esse censeam. Minime enim dubito, quin juris nostri conditores, qui hoc loco id egisse videantur, ut potissimas obligationum causas recenserent, eas enumeraturi fuissent, si quas praeterea Gajus tractasset [9]).

Talem autem re vera hujus ordinis rationem fuisse, Justiniani Institutionibus comprobari videtur: Gajus in recensendis variis causarum figuris eundem ordinem observaverat, quem antea secutus erat: egit enim primo loco de obligationibus quasi ex contractu, (quae licet non ex synallagmate, ex negotio tamen orirentur), secundo loco de obligationibus quasi ex maleficio, (in quibus, licet proprie ex maleficio non nascerentur, utique tamen aliquid peccatum esset). Jam vero Justinianus, novum opus facere moliens, minime anxius de ordine quodam antea observato retinendo, singulas obligationum species, a Gajo traditas, secundum ipsarum naturam et cognationem denuo disposuit. Quare obligationes quasi ex contractu juxta obligationes, quae κατ' ἐξοχὴν ex contractu ortae dicebantur, collocavit, obligationes quasi ex maleficio obliga-

8) Id quod ex fr. 5. d. O. et A. apparet.

9) Praeterea in Justiniani Institutionibus, quae Gaji Res quotidianas quoad hanc materiam secutae sunt, easdem, neque plures, enumeratas videmus. Addita tamen est communi dividundo actio.

tionibus ex maleficio subtexuit, ut obligationum causae jam secundum summam illam Gaji divisionem dispositae videantur.

Sic autem probasse nobis videmur, reliquas obligationum divisiones, tum a Gajo in Rebus quotidianis, tum a Justiniano in Institutionibus propositas, ex summa illa Gaji divisione originem duxisse: hanc autem ipsam hodie quoque cum principem locum tenere, tum omnes omnino obligationes complecti. Quae quidem omnia longiore expositione egent, a qua tamen hoc loco abstinendum est: jam enim justo longius in eo versati nobis videmur, ut Romanorum de obligationum tum indole, tum causis notiones exponeremus: quare nunc id potissimum nobis agendum est, ut recta via ad terminum nobis propositum immotis oculis pergamus.

# LIBER II.

## De contractibus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt.

### *CAPUT I.*

*De contractuum notione et nomine.*

§. 10.

Superiore libro, causas obligationum in duo summa genera deduci posse, perspeximus; quorum primum locum obligationes ex contractu profectas obtinere, vidimus, utpote quibus fere omnis vitae societas contineatur. Quod genus cum latissime pateat, operae pretium videtur in eam illius speciem paulo accuratius inquirere, a qua ipsum genus nomen adeptum est: dico contractus, qui arctiore sensu vocantur. Quorum negotiorum cum maxima sit in jure auctoritas, mirum videri potest, quod eorum notionem et indolem a juris nostri auctoribus nusquam aperta significatione definitam invenimus. Unde evenit, ut certa eorum imago sic tantum perfici possit, ut, singulorum contractuum

natura accuratius inspecta, ex illis lineamentis, quae cum eorum omnium communia sint, apud omnes pari modo occurrant, speciem picturae adumbremus.

Unam autem notam, eamque maxime insignem jam supra [1]) in medium protulimus: omnibus his negotiis subesse conventionem: ut de his potissimum valeat, quod Pedius dixisse fertur [2]), nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulationem, nisi habeat consensum, nullam esse [3]).

---

1) §. 6. 2) fr. 1. §. 3. d. pact. fr. 83. §. 1; fr. 137. §. 1. d. V. O.

3) Ibi quoque contendimus, sic potissimum fieri, ut contractum ultro citroque obligationem esse, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocent, Ulpianus cum Labeone recte tradat in fr. 19. d. V. S. Non tamen negaverim cum Westenbergio (de Causis Obl. Diss. II. c. I. §. 8.) et Donello (Commentar. jur. civ. Lib. XII. c. 8.) dici posse „*συναλλάγματος*“ et „*ultro citroque*“ vocabulis, quibus hoc loco contractus notio definitur, indicari, talem obligationem Labeoni obversatam esse, in qua mutuum debitum constituatur: firmatur enim haec sententia exemplis ab ipso allatis. Eandem sententiam sequitur Gans (Röm. Obligationenrecht p. 100. not. 4,) Vd. etiam fr. 19. mand. fr. 5. pr. d. O. et A. fr. 2. d. neg. gest. Nihilominus tamen censuerim, defendi posse rationem, qua nos supra hujus loci sententia usi sumus. Nam sicuti contractus, sic etiam *συναλλάγματος* significatio latissime patet. Vd. Westenbergium cit. loc. §. 4. Saepissime autem utrumque vocabulum eo sensu usurpari videmus, ut actum significet, in quo et creditor et debitor concurrat: quo sensu *συνάλλαγμα* accipitur fr. 7. §. 2. d. pact.; ubi mutuum debitum constitui non videtur.

Omni igitur contractui subest conventio: conventioni omni autem inest consensus: qui consensus cum in conventionibus non solum eo spectet, ut obligatio constituatur, sed saepius etiam eo, ut obligatio vel minuatur, vel tollatur: quaeritur, num haec eadem in contractibus pari modo locum habeant. Quod negandum erit. Eas enim conventiones, quae contractibus insunt, eo semper spectare videmus, ut obligatio constituatur, ut alter alteri obligetur, vel ad dandum, vel ad faciendum aliquid [4]).

Neque tamen sic contractus notio ab omni parte absolvitur. Sunt enim pacta, quibus et ipsis efficiatur, ut alter alteri obligetur, ex quibus et ipsis actio nascatur. At vero horum plurimis Praetor actionem paravit, contractibus autem omnibus jure civili actionem additam esse, constat: omnes enim contractus aut legibus constituti, aut certe jure civili comprobati sunt, neque ullus eorum Praetoris jurisdictione introductus est. Verum ne sic quidem contractus notio perficitur. Sunt enim pacta legitima, quibus et ipsis jure civili actio addita est. Sed has, monendum videtur, non solum posteriore demum tempore speciali quadam lege actionibus munitas esse, sed etiam nunquam contractuum nomine insigniri. Quare dicendum: *contractus ea esse negotia, quibus, cum iis*

4) Qua quidem ratione non solum a nudis pactis contractus sejunguntur: supra enim (§. 8. i. f.) vidimus, idem hoc maximum discrimen inter obligationes ex contractu et ex delicto intercedere, quod in illis statim ab initio vel ab utroque, vel ab uno solo res agatur, ut obligatio constituatur, in his contra is, qui ex eo teneri incipiat, quod ipse admiserit, nunquam eo animo egerit, ut alteri se obliget.

*subsit conventio eo spectans, ut obligatio constituatur, jure civili non solum actio addita sit, sed etiam contractus nomen inditum* [5]), *id quod potissimum antiquo jure civili factum videmus.*

Huic sententiae optime respondet, quod Ulpianus [6]) dicit, juris gentium conventiones quasdam actiones parere, quasdam exceptiones: quae actiones pariant in suo nomine non stare, sed transire in proprium nomen *contractus* [7]). Eodem hoc loco autem Ulpianus monet, non omnes omnino conventiones, etsi in suo nomine, conventionum, non stent, sed in contractum transeant, proprium nomen meruisse. Cum ita Ulpianus statim restringat, quae ante generaliter pronuntiaverat, merito quis interroget, tum quomodo hoc discrimen exortum sit, tum quaenam proprii hujus nominis fuerit vis et potestas? Constat enim proprium hoc nomen non ad vitae communem usum [8]), sed ad jus civile referendum esse, ut dicendum sit, fortuito quodam casu hoc minime accidisse. Cujus rei variae rationes reddi possunt: quod ut melius procedat, antea in contractuum originem accuratius, etsi brevius inquiramus.

## §. 11.

Superiore libro contendimus, obligationes, quae ex solo jure civili descendant, pro antiquissimis

---

5) Haec minime praetermittenda videntur, id quod a Glückio (comment. T. IV. §. 306. i. f.) factum videmus.

6) fr. 7. pr. §. 1. 2. d. pact. 7) Cfr. fr. 1. §. 4. eod.

8) Alioquin dicendum foret, permutationem et contractum, qui aestimatorius vocatur, et ipsa proprium nomen meruisse.

habendas esse. Obligationum enim eam esse naturam, ut nonnisi ex jure descendant: penes Romanos autem primis potissimum temporibus eam rationem obtinuisse, ut civem nullo alio jure obstringi putarent, nisi quod civitatis Romanae proprium esset: praeterea apud omnes constare, si quid simul jure civili et jure gentium introductum fuerit, eam hujus rei communem esse rationem, ut aetate praecedat, quod ex jure civili descenderit [1]). Jam vero, quae de obligationibus in universum valere diximus, ea et de contractibus valeant, necesse est. Quare nobis dicendum, contractus mere civiles apud Romanos omnium primos cum obligationem constituisse, tum actione munitas fuisse. Recedit haec sententia a communi ICtorum opinione, qui quidem obligationes re contractas omnium vetustissimas esse contendant [2]): attamen minime despero, praeter rationes illas omnium obligationum communes alias etiam inveniri posse, ex ipsa illorum contractuum forma repetitas, quibus nostra qualiscunque sententia firmetur.

Contractus mere civiles tres antiquissimis temporibus videntur fuisse, — nexum, stipulatio, contractus nominum [3]), — qui omnes certa forma circumscripti erant, id quod illorum temporum ingenio optime respondet. Constat enim, apud o-

---

1) Vd. etiam Hugo R. G. p. 30. not. 2.

2) Hugo Civil. Mag. Bd. I. p. 188. not. 4. p. 177. Ejusd. Rechtsgesch. p. 30. n. 2. p. 281. l. 10 sqq. p. 282. not. 2. Glück Comment. T. IV. p. 223. sq.

3) quem antiquissimam litterarum obligationis formam fuisse, Savigny (Ueber den Litteral-Contract der Römer p. 6. sqq.) docuit. Cfr. pr. I. d. litterar. obl. fr. 9. pr. d. pac.

mnes populos, rudes adhuc et incultos, quaevis negotia certis et definitis formulis regi, a quarum observatione omnis negotiorum vis pendeat [4]. Quae quidem formae solemnitas cum in ceteris contractibus, ex jure gentium arcessitis, nunquam desiderata sit, merito conjicitur, eorum originem ex posteriore quodam tempore repetendam esse. Quae quidem conjectura eo firmatur, quod contractuum illorum civilium talis erat indoles ac natura, ut omnia omnino negotia in se reciperent [5]: sic enim fieri poterat, ut civium commercio, tum temporis adhuc angustissimis finibus circumscripto, sufficerent. Egregie autem nostrae sententiae hoc quoque servit, quod his solis contractibus praeter modos tollendi omnium obligationum communes [6]) proprii modi, obligationem ipso jure tollendi, parati erant: ejus enim, quod per aes et libram gestum erat, imaginaria solutio fiebat per aes et libram [7]): quae verbis contracta erat obligatio, per acceptilationem tollebatur, quae et ipsa velut imaginaria solutio erat [8]): contractus nominum autem, uti eo consistebat, quod alter alteri expensum ferebat aliquid, dissolvebatur per ejusdem inter ac-

4) Vd. quae hac de re disseruit Mühlenbruch, Heidelberger Jahrbücher a. 1821. p. 47. sqq.

5) Quare posteriore quoque tempore frequentissimus eorum erat usus in novationibus faciendis, quae per eos solos fiebant. Cfr. enim, quoad nexum, Savigny üb. d. altrömische Schuldrecht p. 8; quoad litterarum obligationem, Savigny üb. d. Litteral-Contr. d. Röm. p. 12. p. 15. A. Wunderlich de litterarum obligatione, (Gött. 1832.) p. 70; quoad stipulationes, tit. D. d. novationib. et delegat.

6) Cfr. tit. Inst. III, 29. quib. mod. obl. tollitur.

7) Gaj. III, 173. 8) Gaj. III, 169.

cepta relationem [9]). Sic factum est, ut omnia omnino negotia non solum novas vires ex his contractibus petere, sed etiam quam facillime ipso jure tolli possent, novationem factam imaginaria solutione sequente.

Alia etiam causa nostrae sententiae subvenit. Admodum probabilis videtur eorum sententia, qui antiquissimis temporibus nonnisi certam pecuniam in judicium deduci potuisse censeant [10]). Certe judex, si condemnabat, postea quoque certam pecuniam condemnare debebat, etsi certa pecunia in condemnatione posita non esset [11]): quare actio judicati utique certae pecuniae erat [12]). Certe constat, per legem Calpurniam demum factum esse, ut legis actione, quae condictio vocatur, de omni certa re agi posset, quae lege Silia quidem certae pecuniae primum constituta erat [13]). Pecunia certa autem necesse erat, aut data, aut expensa lata, aut stipulata esset [14]): quare qui in contrahen-

---

9) Savigny üb. d. Litt. Ctr. p. 12. Wunderlich diss. cit. p. 78.

10) Hugo R. G. p. 646. l. 28. sq. Cfr. Mühlenbr. cit. loco.

11) Gaj. IV. 52. 12) Zimmern Röm. Civilproc. §. 70. §. 138.

13) Gaj. IV, 19. Cfr. et IV, 20.

14) Cicer. Or. pro Rosc. Com. c. 4. 5. Quaeri possit, quomodo cum hac nostra sententia conjungi possit, quod Cicero simpliciter datam pecuniam commemoret, nexi nullam faciat mentionem. Sed primum omnium, Ciceronis temporibus nexi usum legis Poeteliae, a. u. 428. (vd. Savigny üb. d. Röm. Schuldrecht p. 14. not. 3.) latae, ope prope in desuetudinem abiisse, constat, dein vero vix est, quod dubitemus, mutui dationem ex nexu originem ducere. Probe quidem scio, summum virum Savigny in commentatione laudata eam sententiam sequi, certam creditam pecuniam inde a primis temporibus sine ulla forma peperisse obliga-

dis negotiis sibi cavere volebat, optime sibi prospiciebat, statim tali contractu usus, tum quod ex his solis actio dabatur, tum vero etiam quod sic statim planum erat, quantum dari sibi oportere intendere posset; quod denique ita res in judicium venire poterat, ad quod hoc modo nos venire, Cicero [15]) tradit, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium enim, quod sit pecuniae incertae, hoc animo nos adire, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulaverimus, consequamur [16]). Huc etiam pertinet, quod juris no-

tionem, cujus nomine severissima juris persecutio data fuerit: nexi naturam autem eam fuisse, quo omne debitum, quoad juris persecutionem creditae, pecuniae exaequari potuerit. Nescio tamen, an magis sequenda sit eorum sententia, qui pecuniae creditae obligationem ex nexu originem duxisse dicant: (vd. Hugo R. G. p. 282. not. 3. p. 285. l. 14. sqq.) nescio enim, an hinc severa illa juris persecutio, quae postea quoque in certae creditae pecuniae actione obtinebat (vd. Gaj. IV, 13. 171.), majore veri specie deduci possit, quam si, inverso ordine hoc accidisse, statuamus: ubique enim eorum jurium maximam vim et potestatem videmus fuisse, quae publice coram testibus civibus Romanis orta erant. Ceterum vd. quae Hugo loc. cit. hac de re disseruit.

15) pro Rosc. Com. c. 4.

16) Cum judicium non esset, nisi pecuniae certae, arbitrium incertae (Cic. pro Rosc. C. c. 4.), olim autem non peti posset, nisi pecunia certa, vel res certa, consequens est, ut, judicii usum apud Romanos, quoad juris civilis rationem antiquiorem fuisse, dicamus, quam arbitrii. Ceter. vd. Mühlenbr. cit. loc. Num forte arbitriorum haec fuit prima origo, quibus cives et peregrini inter se disceptarent? Num forte arbitriis cives de his rebus inter se dimicabant, ex quibus judicium non dabatur? Poenae stipulationibus enim efficere poterant, ut arbitri sententiae standum esset.

stri auctores posteriore quoque tempore suadent: ubi quid fieri, vel non fieri, stipulemur, optimum esse poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit [17]).

Cum denique contractibus, ex jure gentium receptis, singulis singulae actiones respondeant [18]), minime praetermittendum puto, has actiones non prius adhiberi potuisse, quam ex quo, legis actionum usu per legem Aebutiam abrogato, per concepta verba, id est per formulas litigaretur [19]); ut dicendum videatur, obligationes, ex quibus actiones illae nascebantur, et ipsas nunc primum jure civili comprobatas, certe nunc primum propriam suam et distinctam naturam consecutas esse [20]).

---

17) §. 7. I. d. V. O. fr. 68. 137. §. 7. d. V. O. fr. ult. d. stip. praetor.

19) Gaj. IV. 30. 18) Mutui datio tamen excipienda est.

20) Nostrae sententiae videtur adversari Moss. et Romm. LL. Coll. Tit. X. §. 7. i. f. „Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto Praetoris in simplum." Nescimus tamen, quaenam hujus actionis ratio fuerit: id tamen probabile videtur, hanc actionem magis ex delicto datam esse, quam ex contractu: gravissimum enim ducebatur in deposito fidem fallere: quare in duplum actio data est adversus eum, qui in deposito doli reus judicatus est. Nam ob res depositas dolus tantum praestari solet. Nihil enim a fure distare videtur, qui rem depositam invito domino contrectat: quare furti quoque actio in eum competit. (Cfr. loc. cit.; praeterea fr. 1. §§. 15. 18. 22. deposit.; de condictione furtiva cfr. fr. 13. §. 1. depos.) Furti autem nec manifesti actio et ipsa ex lege duodecim tabularum dupli est, ut hoc casu mirum in modum conveniant actiones furti et depositi. Quod

Cum haec omnia utique nostrae sententiae succurrant, superest, ut rationes ab adversariis prolatas examinemus. Propterea autem re contractas obligationes omnium primas fuisse, dicunt, quod, qui rem acceperit, ut vel eandem, vel aliam restituat, non facile eam ob causam hujus rei restitutionem effugere possit, quod, solemnes contractus formas minime observatas esse, dicat [21]). Id enim contra omnem aequitatis rationem fore, ut is, qui fidem praestitisset, hoc ipso in damnum incideret [22]).

Verumenimvero hodie quoque tale quid fieri, saepissime videmus. Quod enim pupillo sine tutoris auctoritate mutuum datum est, repeti ab eo non potest [23]). Possit tamen aliquis dicere, pupillum omnino jure non obligari: quare hoc non ad formae defectum pertinere. Ubi autem omnis vis negotiorum, dico actionem, qua agitur, ut alter faciat, de quibus convenit, a litteris super negotio confectis pendet, vix dubium videtur, quin hodie quoque pecuniam creditam certi condictione reposcenti opponi possit exceptio: *„si non deficiant litterae"* [24]).

---

attinet ad depositi actionem praeterea conferendus est Zimmern, (Röm. Civilproc. §. 63.) qui vel Ciceronis temporibus actionem depositi nondum in usu fuisse censet. Ceterum vide, quae Hugo R. G. p. 305. not. 5. de actione de tigno juncto monet, quae et ipsa ex lege duodecim tabularum in duplum descendit.

21) Hugo Civil. Mag. Bd. I. p. 188. not. 4.

22) Hugo ibid. p. 177.

23) fr. 59. d. O. et A. f. 13. §. 1. fr. 14. d. cond. ind.

24) Argum. eorum, quae Eichhorn (Deutsches Privatrecht §. 93. nro. 3.) hac de re tradit. Nescio an hujus rei eadem fere

In commodato, deposito, pignore denique plurimis aliis modis creditori subveniebatur: nam vel rem suam vindicare, vel furti [25]) agere poterat, si vel a debitore, vel ab alio quodam furtum factum esset. Simile quid autem apud Romanos obtinuisse, ex iis effici potest, quae de precario nobis traduntur. Qui rei suae precariam possessionem alteri tradiderat, haud dubie eum naturaliter sibi obligaverat, ut restitueret, quod accepisset. Cum autem haec res in contractum minime transiret, olim nullis aliis actionibus ei subventum esse videtur, quam rei vindicatione, actionibus de furto competentibus, vel etiam ad exhibendum actione. Aperte enim Paulus [26]), hanc rei conditionem fuisse, declarat.

In commodato denique et pignore non solum creditoribus eo subventum est, quod haec negotia in contractuum numerum recipiebantur, sed magis etiam debitoribus. Cum enim olim qui rem suam commodaverat, vel pignori dederat, omni temporis momento eam vel per in rem actionem repetere, vel alio modo a debitore revocare posset, alii forte eam mancipando: debitori ita prospectum est, ut

sit ratio, quae ejus, quod rem datam reposcens interdum actione cadit, non quod reus hanc rem se accepisse neget, sed quia reus praescriptione triginta annorum tutus est.

25) Quoad furti actiones hujus rei ratio non eadem mansit, actionibus ex contractu competentibus: cfr. enim Gaj. III, 203. §§. 13-17. I. d. obl. quae ex del.

26) fr. 14. d. precario. Cfr. fr. 14. §. 11. d. furt. Cfr. etiam fr. 1. §. 2. fr. 19. §. 2. d. precar. Paul. V, 6. §. 10. Hugo Civ. Mag. Bd. I. p. 206. not. 13.

contra talia creditoris facta vel exceptionibus se defendere, vel etiam actionibus consequi posset, quod forte damni inde sibi contigisset [27]). Neque vero etiam magni momenti habendum videtur, quod apud Gajum et in Institutionibus Justinianeis, quae Gajum sequuntur, obligationes re contractae ordine praecedunt [28]).

Quare haec sufficere non videntur, quibus nostra sententia modo defensa subvertatur. Si quis autem dicat, ita factum esse, ut civium commercium maxime impediretur et plurimis molestiis laboraret, ei sic respondendum videtur: Quamdiu, parva adhuc republica, Romani agrorum suorum cultores parce et ab omni elegantiore vitae cultu remoti vivebant, ipsorum commercium angustissimis finibus continebatur: quare minor contractuum necessitas, quorum paucissimi civium commercio sufficiebant; eo magis quod iidem quaevis negotia in se recipiebant. Quorum contractuum usus etsi propter formae solemnitatem non sine diffi-

27) Cfr. fr. 17. §. 3. commod.

28) Hoc argumentum quam debile sit, vide ipsum Hugonem R. G. p. 30. not. 2. Praeterea nexum et ipsum quodammodo ad obligationum re contractarum genus referendum videtur, ut hinc quoque ordo ille explicari possit. Sic etiam in certae pecuniae enumeratione, quae apud Ciceronem, pro Rosc. Com. c. 4. obvia est, pecunia data ordine praecedit. Fortasse etiam ex Edicto ordo ille repeti possit: in Digestis enim condictiones, quae ex rei datione competunt, partis tertiae initio collocatas videmus: obligationes autem, quas Gajus obligationum re contractarum numero in Institutionibus commemorat, tales sunt, ex quibus condictio competat. Gaj. III, 90. 91.

cultate procederet, minime tamen praetermittendum videtur, quod non solum cetera omnia negotia iisdem difficultatibus laborabant, — memento adoptionis, emancipationis, manumissionis, modorum acquirendi et alienandi dominium, testamentorum, legis actionum, — sed quod apud alios quoque populos, rudes adhuc et incultos eadem occurrit negotiorum difficultas [29]). Tum vero etiam naturalis obligationis inde a primis temporibus ea ratio videtur habita esse, ut solutum repeti non posset [30]). Mox autem aucta republica, aucta negotiorum frequentia, crescente commerciorum cum externis populis usu, ex juris gentium conventionibus illae, quarum maxima erat vis et frequentissimus usus, jure civili comprobatae sunt. Sic res eo perducta est, ut, cum antea paucissimi essent contractus ad diversissima quaeque spectantes, nunc plurimi invenirentur, quos singulos singulae obligationes sequebantur.

## §. 12.

Quae conventiones autem actionem pariebant, in suo nomine non stabant, sed transibant in proprium nomen contractus [1]). Cujus nominis initio haud dubie nulla alia erat vis ac potestas, quam quo homines significarent, de quo forte negotio cogitarent. Ea enim in universum nominis est auctoritas, ut certam et distinctam quandam notionem exprimat: quare qui nomine aliquo utitur,

---

29) Vd. Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Ed. 4ta. §§. 67. 68. 69.

30) fr. 10. d. O. et A. 1) fr. 1. §. 4. fr. 7. §. 1. d. pact.

non plurimis verbis et longa descriptione eget, ut alteri demonstret, qua de re cogitet. Quare dicendum puto, harum conventionu n nomina prius etiam in usu fuisse, quam ipsae conventiones in contractuum numero collocarentur. Namque cum haec negotia apud omnes fere populos occurrant, cum in iisdem fere omnis vitae societas contineatur, fieri non potuit, quin mox proprium nomen consequerentur. Eadem haec ratio autem effecit, ut juris conditores necessarium ducere deberent, haec negotia, utpote quibus homines non amplius carere possent, in contractuum numerum recipere, vel potius eandem vim iis tribuere, qua apud ceteras gentes gaudebant.

Optimo jure autem concludere licet, quae conventiones nominibus propriis distinguantur, eas et ipsas sua natura diversas esse. Ex quo 'gitur haec negotia!, quae antea magis facti erant, juris esse incipiebant, eosque effectus producebant, qui vel maxime ad jus civile pertinent, consequens erat, ut eorum tum forma, tum natura a juris conditoribus certis et distinctis finibus circumscriberentur; ut mox civilis eorum notio existeret: utique enim constabat, non solum, quae acta esse oporteret, ut res in contractum transiret, sed etiam, quae uniuscujusque negotii potestate naturaliter inessent. Nomen autem negotiorum ita et ipsum juris civilis fiebat: civilis enim erat notio, quae, cum nomine exprimeretur, mox cum eodem in unum velut corpus coalescebat. Sic autem factum est, ut postea ex nomine potissimum cognosci posset, utrum conventio contractus naturam induisset, nec ne: ubicunque enim nomen juris civi-

lis adest, ibi et negotium juri civili non ignoratum adsit, necesse est.

Attamen alia etiam est hujus nominis vis et potestas: ex quo enim, legis actionum usu per legem Aebutiam [2]) abrogato, per concepta verba, id est per formulas litigabatur, Praetoris eae erant partes, ut ex edicto suo perpetuo actiones ederet. Jam singulas actiones singulae formulae sequebantur: formularum quaedam in jus conceptae [3]), quibus juris civilis intentio est: ceterae in factum conceptae vocabantur, in quibus nulla talis intentionis conceptio erat. Edictorum autem ea erat ratio [4]), ut statim inito magistratu a Praetoribus perpetuae jurisdictionis causa proponerentur. Quare Praetor maxime necessarium ducere debebat, eorum negotiorum, quae jure civili recepta essent, actiones sive formulas proponere: quod eo facilius procedebat, quod hae formulae in jus concipi possent, cum ipsa negotiorum natura certa esset, et jure definita. Propter eandem hanc certam et definitam contractuum naturam accidere oportebat, ut hae potissimum formulae stabiles fierent, et quaenam Edicti partes de his agerent, in Edicti tralatitii formam cederent. Actiones autem negotiorum, de quibus paratae erant, nomina consequebantur: hinc nominis, quod singulos contractus sequebatur, vis magis etiam exaucta est: nam quae negotia nomen juris civilis habebant, de his utique constabat, quo judicio experiundum esset, nemi-

2) Gaj. IV, 30. Hugo R. G. p. 420. not. 2.

3) in quibus de jure quaeritur, quales sunt, quibus intendimus, *nobis dari oportere aliquid.* Vd. Gaj. IV, 45. 46.

4) fr. 1. §. 10. d. orig. jur,

nemque fugiebat, quid in actionem deduceretur: contra quorum contractuum formulae Praetoris Edicto paratae non erant, eae ne nomen quidem habere videbantur [5]).

Cum autem jam antea ex multis Digestorum locis appareret, contractuum certas et definitas formulas Praetoris Edicto propositas fuisse [6]), novam lucem huic rei praebuit Gajus, cujus Commentarios, diu deperditos, felicissimus casus in nostrae aetatis beneficium resuscitavit. Ex his enim id, quod viri doctissimi antea divinare tantum poterant [7]), propemodum pro certo compertum habemus. Gajus enim non solum plurimas actionum formulas exhibet [8]), quales in usu fuerint, sed etiam disertis verbis, eas in Edicto Praetoris propositas esse, tradit: magis etiam non occulte monstrat, quo loco singulae formulae positae fuerint. Tractans enim formulam, qua utatur patronus contra libertum, qui eum contra Praetoris Edictum in jus vocaverit, ceteras quoque formulas commemorat [9]), „*quae sub titulo de in jus vocando propositae sint.*“ Quod quidem valde eorum sententiae adversatur, qui indicem contractuum exsti-

---

5) Sic quoque explicandum est, quod neque permutatio, neque contractus, quem aestimatorium vocant, nomen habere dicebatur: cfr. fr. 1. §. 2. d. rer. perm. fr. 1. pr. d. aestimat. fr. 2. fr. 3. d. praescr. verb.

6) Cfr. fr. 1. pr. fr. 2. 3. d. pr. verb. fr. 1. pr. d. aestim. fr. 1. §. 2. de rer. perm. Cfr. et c. 6. C. de transact.

7) Vd. Meister de in factum actionibus. Select. Opusc. Sylloge I. nro. VII. §§. 20. 21. 18.

8) per totum librum IV. Institutionum, praecipue §§. 30-60.

9) Gaj. IV, 46.

tisse dicant [10]): quod nobis haud dubie a juris nostri auctoribus aperta significatione traditum esset, si vel simile quid exstitisset. Neque vero etiam secundum ea, quae tradidimus, eorum sententiae adstipulari possumus, qui „Veteres eos contractus et numero et nomine fecisse certos“ contendant [11]), ut dicendum sit, hoc de industria factum esse, eo consilio, ut cetera omnia negotia a contractuum numero excluderentur. Namque haec quoque sententia omni testimonio caret [12]). Admodum probabile autem videtur, non simul eodem tempore omnes eas conventiones contractuum vim et nomen adeptas esse. Id tamen dicendum sit, illas tantum conventiones contractuum nomen meruisse, quae vel libera adhuc republica, vel jure civili, quod arctissimo sensu vocatur [13]), fori disputatione nempe, actionibus munitae sint. Sic enim explicari posse videtur, quod permutatio, et cetera negotia, quorum causa actio in factum civilis parata est, contractuum nomen consecuta sunt, id quod pacto dotis constituendae [14]), pacto donationis [15]) et ceteris pactis legitimis nunquam contigit.

10) Meister diss. cit. §. 18.

11) Noodt de pact. et transact. c. 9.

12) Neque enim ex Dionysii Halicarnassei loco quodam (Rom. antiqu. lib. IV.), quem Noodt cit. l. exhibet, hoc effici poterit. Neque vero etiam ex lege duodecim tabularum contractuum systema, quod ab ICtis traditur, profectum esse dici potest, quippe quod cum actionum formulis arctissime cohaeret.

13) fr. 2. §. 5. d. Orig. jur.

14) c. 6. C. d. dot. prom. (Impp. Theodosius et Valentinianus A. A.)

15) c. 35. §. 5. C. d. donat. (Imp. Justinianus.)

At vero *proprium* nomen juris civilis illa quoque negotia, quae post liberae reipublicae tempora contractuum naturam induerant, non meruerunt [16]): quod inde deducendum videtur, quod iis propria actio Edicto Praetoris minime comparata erat. Tum vero etiam adeo incerta erat plurimorum illorum negotiorum natura et indoles, ut certa eorum notio minime concipi posset: quare neque certum nomen, neque certa actio iis dari poterat. Quaenam autem haec negotia fuerint, nunc inspiciamus.

## §. 12.

Incipiamus autem a celeberrimo Ulpiani loco, jam saepius commemorato, qui toti huic doctrinae originem dedit: dico fr. 7. pr. §§. 1. 2. d. pactis:

Ulpianus, *libro IV. ad Edictum.*

„Juris gentium conventiones quaedam actiones pa-„riunt, quaedam exceptiones. §. 1. Quae pariunt „actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt „in proprium nomen contractus, ut emtio, vendi-„tio, locatio, conductio, societas, commodatum, „depositum et ceteri similes contractus. §. 2. Sed „et si in alium contractum res non transeat, sub-„sit tamen causa, eleganter Aristo Celso respon-„dit, esse obligationem, utputa: dedi tibi rem, ut „mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias: hoc „συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem.

Ulpiano propositum est exponere, quam vim juris gentium conventiones jure civili impetrave-

---

16) Constare enim videtur, praescriptis verbis actionem inde a Labeonis temporibus primum dari coeptam esse. Vd. Gans Obl. R. p. 179. sqq.

rint. Cujus rei duplicem esse censet rationem, cum quaedam actiones pariant, quaedam exceptiones. De quibus utrisque acturus, primo loco eas tractat, quae actionem pariant, inter quas denuo distinguit: plurimas in suo nomine (conventionum) non stare, sed transire in proprium nomen contractus, utpote quibus singulis propria actio parata sit: alias autem esse conventiones, quae obligationem, eamque civilem pariant, non tamen in alium (i. e. proprium et jure definitum) contractum transeant, quod Aristonis quodam responso probat. De quo quidem Aristonis responso maximae dissensiones inter ICtos exortae sunt. Plurimum enim dubitatum est, quaenam vocis „*causa*“ interpretatio facienda sit. Duae autem potissimum ICtorum hac de re sententiae fuere: quarum prima ab Accursio [1]) proposita, a Cujacio [2]) et Donello [3]) recepta, a Noodtio [4]) rejecta, novissimis temporibus prope exoleta, nostra demum aetate a Schmitthennero [5]) denuo defensa est. Quae quidem sententia *causam* pro praestatione rei vel facti accipiendam esse definit, ut causam solis obligationibus re contractis subesse dicendum sit [6]).

---

1) Glossa ad fr. 7. §. 2. §. 4. d. pact.

2) Paratitla ad Dig. tit. d. pact. Ed. Fabrot. I. p. 754.

3) Comm. jur. civ. XII, 9. 4) d. pact. et transact. c. IX.

5) V. Verträgen §. 25.

6) Cujus quidem sententiae defensores eo adducti sunt, ut *nomen* ad solas obligationes consensu contractas, *causam* ad eas solas obligationes, quae re contrahuntur, referant, obligationibus verbis contractis neque nomen, neque causam tribuant, sed eas ex interrogatione et responsione consistere dicant: ut hodie tria esse censeant, quae pactum in con-

Quae tamen sententia cum jam a Noodtio [7]) egregie refutata sit, et hodie fere omnium consensu prope in desuetudinem abierit, statim transeamus ad alteram illam sententiam, hodie maxime in usu habitam, cujus sectatores, *causam* omne id significare, dicunt, quod efficiat, ut ex conventione aliqua a primis inde temporibus actio data sit [8]). Ex his colligunt, omnem contractum causam habere oportere; ipsam hanc causam autem quadruplicem esse censent: rei dationem, verborum solemnitatem, litterarum obligationem, consensum, ut omnes obligationes ex contractu oriundae aut re contrahantur, aut verbis, aut litteris, aut consensu. Ab hac autem causa civili formae solemnitatem, in quibusdam negotiis necessariam, ut obligatio constituatur, sejungunt [9]).

Nescio tamen quid me impediat, quo minus ad hanc doctissimorum virorum sententiam acce-

---

tractum transferant: nomen, causam, interrogationis et responsionis solemnitatem. Vd. Langsdorf üb. pacta u. contractus §. 23. in Hugo Civ. Mag. Bd. I. Vd. tamen, quae Hugo ad hunc locum disseruit, ibidem p. 191.

7) d. pact. et transact. c. IX. Vd. etiam quae supra, §. 6. a nobis de vocis „*causa*" significatione proposita et in not. 19. contra Schmitthennerum disputata sunt.

8) Hugo Civ. Mag. Bd. I. p. 192. R. G. p. 281. Glück IV. §. 307. Mühlenbr. doctr. pand. §. 342: quorum sententiam luculentissime expressit Madihn apud Glückium cit. I. p. 229. not. 96. laudatus, qui quidem dicit: „Causa contra-„ctuum non est nisi complexus requisitorum, quae adesse „debent, ut conventio per se ex generali juris sanctione „primitus obligationem civilem plenam producere possit."

9) Mühlenbr. doctr. §. 342. not. 2. Marezoll in Zeitschrift f. Civil. R. u. Process. III, p. 268. sqq.

dam. Admodum mirum enim videtur, quod, si haec re vera sit *causae* notio, ut omnia ea complectatur, quae efficiant, ut conventio in contractum actione munitum transeat, semel tantum ista hujus vocis significatio in juris nostri amplissimis voluminibus occurrat [10]), et ita quidem, ut non sine magno artificio et labore ista sententia exinde erui possit. Praeterea ipsa haec sententia omni elegantia destituta videtur. Cur enim, si re vera *causae* ea est significatio, quam tradunt, formae solemnitatem, in specialibus quibusdam negotiis jure praeceptam, ut obligatio efficax constituatur [11]), a causa civili, quam ferunt, removent, cum ab ipsa hac forma vis negotiorum, nempe actio, pendeat? Nonne enim verba et litterae, quae in verborum et litterarum obligationibus ad causam civilem referuntur, et ipsa ad formae solemnitatem revocari possunt, cum ex his rite peractis omnis vis obligationis pendeat [12])? Quomodo, quaeso, dici poterit, quibusdam negotiis *consensum* causam civilem subesse, quo in contractuum numero collocentur [13])? Nonne omnibus contractibus inest consensus? Quo tandem indicio cognoscitur, cau-

---

10) Id enim constat, *causae civilis*, in fr. 49. §. 2. d. peculio obviae longe aliam esse significationem, quam quae vulgo fertur. Vd. enim Marezoll Zeitschr. 7. f. R. u. Proc. III. p. 260. not. 2. Hugo R. G. p. 281.

11) vd. Mühlenbr. doctr. §. 342. not. 2.

12) fr. 1. §. 2. d. V. O.

13) Quod quidem Mühlenbr. doctr. §. 342. sensisse videtur, qui *utilitatis rationem* his negotiis causam civilem subesse dicit. Sed nescio an haec quoque definitio satis certam notionem non praebeat.

sam civilem adesse [14])? Neque enim omnis rei datio, neque quaecunque verba vel litterae contractum gignunt [15]). Nonne etiam ab hujus sententiae defensoribus conceditur, non omnes contractus simul eodem tempore jure comprobatos esse? Nihilominus tamen causae civilis eam vim fuisse dicunt, quod, ubi haec adfuerit, inde a primis temporibus actio data sit.

Quae quidem omnia suspicionem movent, *causae*, quae hoc loco ab Aristone commemoratur, significationem aliam esse. Et minime despero, veram et propriam hujus vocis significationem inveniri posse. Nihil aliud autem *causam* hoc nostro loco significare existimo, nisi *negotium*, *cujus ea sit vis*, *ut actionem pariat*. Quam vocis „*causa*" significationem maxime usitatam esse, cum jam supra latius demonstraverimus [16]), superest, ut dispiciamus, an ipsa haec significatio nostri loci sententiae conveniat. Redeo igitur ad Aristonis responsum illud.

Celsus, *libro XIII. Digestorum* [17]) monet, cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum esse. Quod tamen non usquequaque verum est. Nam tum tantum hac actione utendum esse Julianus [18]) definit, quoties *contractus* existant, quorum appellationes nullae jure civili proditae sint. Unde apparet ex nudo pacto hanc actionem minime datam esse: utique

---

14) Quare Hugo Civ. Mag. I. p. 191. hanc notionem et ipsam historicam esse dicit.

15) fr. 3. d. O. et A.

16) Cfr. §. 6. 17) fr. 2. d. pr. verb.

18) fr. 3. eo

enim haec regula in Justinianea quoque sanctione obtinuit: ex nudo pacto actionem non nasci [19]): si igitur rei gestae ratio talis est, ut actionem pariat, certissimum est, nudam conventionem non adesse, sed id, quod actum est, vel *contractus,* vel *negotii,* vel *causae* appellatione insignitur [20]): quae omnia nudis pactis, actionis respectu habito, pari modo opponi, supra latius demonstravimus. Jam vero inde ex Labeonis [21]) temporibus haec regula juris obtinuit, nudum pactum non videri intervenisse, quoties certa lege dari probaretur [22]): idem invaluit, si vel omnino certa lege praestitum esset aliquid: nam hanc quoque conventionem non esse nudam, sed habere in se negotium aliquod, Ulpianus docet [23]). Si igitur rei gestae talis sit ratio, ut certa lege praestitum sit aliquid, juris nostri auctores, *negotium civile* [24]), *negotium novum* [25]), *negotium proprii contractus* [26]), vel simpliciter *negotium* [27]) adesse, dicunt. Sicuti autem Ulpianus, fr. 1. §. 6. d. pec. const. „debitum ex quacunque *causa* i. e. *ex quocunque contractu* constitui posse, tradit, eodem jure, fr. 17. §. 1. d. pr. verb., recensens contractum aliquem ex eorum numero, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt, actionem ex hac *causa* utique praescriptis verbis esse dicit. Neque hoc loco praetermittenda est ratio,

19) Cfr. fr. 7. §. 4. d. pact. c. 27. C. locat. cum fr. 8. i. f.; fr. 15. pr. verb.

20) Qua de re conferendus est §. 6. cum exemplis ibi allatis.

21) Vd. Gans Obl. R. p. 179. sqq.

22) fr. 8. pr. verb. c. 10. C. d. pact. 23) fr. 15. pr. verb.

24) fr. 1. d. aestimat. 25) fr. 22. pr. verb.

26) fr. 19. eod. 27) fr. 15. eod.

qua juris nostri auctores interdum indicant, de his potissimum negotiis se cogitare. Nam cum eorum id proprium sit, ut certa lege aliquid praestetur, quaevis praestatio autem vel in dando, vel in faciendo consistat, et propterea quoque unaquaeque obligatio vel ad dandum, vel ad faciendum nos obstringat: nonnunquam his veluti formulis haec negotia ab iis significantur: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* [28]), quibus statim indicatur, non adesse nudam conventionem, sed eam, quae negotium aliquod in se habeat.

Quibus praemissis Aristonis illud responsum nullam omnino difficultatem movet, quod jam singulatim recensebimus:

*Etsi in alium contractum* (propria forma et proprio nomine munitum) *res* (id quod agitur, de quo conveniunt) *non transeat, subsit* (rei quae geritur, conventioni scilicet) [29]) *tamen causa,* (negotium tale, quod sui natura actionem parit) *esse obligationem,* (conventio enim ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod) *utputa:* (hoc verbo indicatur, Aristonem id, quod modo contenderat, exemplo in auxilium vocato illustraturum esse) *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias:* (quo quidem modo negotium contrahi antea vidimus) *hoc* (nempe quod ita actum est dando, ut invicem aliquid praestetur) *συνάλλαγμα esse, et hinc* (*ἐκ συναλλάγματος*) *nasci civilem obligationem.*

---

28) fr. 5. d. praescr. verb.

29) Idem Ulpianus alio loco exprimit: conventio ista non est nuda, sed habet in se negotium aliquod. Cfr. fr. 13. i. f. d. pr. verb.

(Συνάλλαγμα enim utique idem significare, quod contractum, antea vidimus: quod magis etiam iis firmatur, quae Aristonis responsum sequuntur, ubi de casu, quo alter dederat, ut alter faceret aliquid, dicitur „esse contractum quod Aristo συνάλλαγμα dicat, unde praescriptis verbis actio nascatur“: quare merito Aristo hîc civilem obligationem nasci censet, utique enim contractus actionem parit).

Sic autem monstrasse mihi videor, *causae* significationem, quae hoc loco fertur, probe iis convenire, quae antea hac de re veluti posueram: quae quidem interpretatio nescio an praeferenda sit ceteris, quas supra tum commemoravimus, tum non sine difficultate procedere vidimus: utique enim haec interpretatio iis probe respondet, quae tum de causae significatione in universum, tum de ratione, qua *causae* et *negotia* nudis pactis opponuntur, comperta habemus. Omnium minime autem haec interpretatio a §i 4. [30]) statim sequentis sententia abhorret: quo paragrapho transitum sibi parat Ulpianus ad exceptiones, quas hactenus omiserat, primo loco de actionibus acturus: quod tenentes statim intelligemus, quam arctissime hujus loci sententia cum antecedentibus cohaereat: initio posuerat Ulpianus, quasdam conventiones actiones parere, quasdam exceptiones. Actiones parere illas omnes conventiones, docuit, quibus subsit causa, i. e. quae negotium aliquod in se habeant: nunc

---

30) „Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hîc „constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda „pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

definiturus, quae conventiones exceptiones tantum pariant, eas omnes huc pertinere docet, quibus nulla subsit causa, quae igitur actionem non pariant, quia conventio ista sit nuda: nudam pactionem enim actionem non parere, apud omnes constabat.

Quare tenendum videtur, quod saepius notatum est [31]), contractus notionem mere historicam esse; quamobrem a juris nostri auctoribus nusquam talem contractus notam commemoratam invenimus, qualem recentiores ICti *causae civilis* notione, quam ferunt, invenisse sibi videbantur. Nam licet verum sit, contractuum quatuor species discerni posse, neutiquam tamen, quod in singulis his speciebus proprium invenitur, ad omnes similes casus extendi potest, sed intra certum numerum, antiquitus traditum, constitit obligatio: item constitit intra certas negotiorum formas. Unum autem et maxime perspicuum indicium nobis traditum est, quo statim cognoscere possumus, negotium aliquod adsit, nec ne: actio scilicet, quippe quae nunquam ex nudo pacto nascatur. Quapropter contractum adesse, omnium primum ex nomine juris civilis cognoscitur: ubi autem contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt [32]), ubi igitur hoc signo destituimur, res alio modo videtur instituenda.

Jam vero compertum habemus, ex omnibus his contractibus praescriptis verbis actionem dari: a vero igitur minime abhorrere mihi videor, si inverso ordine, contractus tales existere, censeam,

---

31) Praesertim praecedente Hugone Civ. Mag. I. p. 189. not. 5.
32) fr. 3. d. pr. verb.

ubicunque praescriptis verbis agatur [33]). Quare cum contractuum illorum nusquam certa et distincta notio nobis tradatur, sic tantum talem notionem ipsi conficere poterimus, ut diligenter eorum casuum omnium indolem perscrutemur, quibus praescriptis verbis actionem dari, videmus. Quod ut melius procedat, antea de ipsius hujus actionis indole quaedam praemonenda videntur.

## *CAPUT II.*

### *De praescriptis verbis actione.*

### §. 13.

Saepenumero commemoratum invenies, contractuum, e quibus praescriptis verbis agendum sit, formam adeo variam et incertam esse, ut neque proprium nomen, neque propria actio iis addi potuerit: nihilominus tamen omnibus his negotiis una eademque actio parata est: actio in factum

33) Quod quidem minime concessum est, (vd. Mühlenbr. ad Gans in Heidelberg. Jahrb. v. 1821. p. 70. de Retes Opusc. L. II. Sect. I. c. 7.) nihilominus tamen a vero non alienum videtur. Cfr. enim textus fr. 2. 3. d. pr. verb. („Nam „cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, „praescriptis verbis agendum est. fr. 3. Ad quam necesse „est confugere, quoties contractus existunt, quorum ap„pellationes nullae jure civili proditae sunt".) cum fr. 7. §. 2. i. f. d. pact., ubi de praescriptis verbis actione dicitur: „esse enim contractum, unde haec nascatur actio."

civilis [1]). Cum obligationis maxime varia sit natura, actionem, quippe quae ad diversissima quaeque negotia spectet, et ipsam ita comparatam esse oportere, constat, ut secundum variam obligationis indolem varie conformari possit. Quare actionis in factum civilis formula talis fuerit, necesse est, quae unicuique negotio adaptari posset.

Et profecto, rem ita gestam esse, minime dubitandum est: id tantum quaeritur, quaenam ejus ratio instituta fuerit? Haec res cum omni difficultate carere videatur, si solum nomen actionis spectemus, maximam difficultatem movet, simul atque indolem ejus paullo accuratius perspectam habeamus. Vocatur haec actio in factum: in factum actionis autem ea natura est, ut quodvis negotium in se recipere possit: initio enim formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendique potestas datur [2]). Id autem, quod actum est, intentione comprehenditur: et cum intentio formulae in jus conceptae, ea in hanc actionem venire, significet, quae secundum juris praecepta obligationi, nunc in judicium deductae, — quae qualis sit demonstratione indicatur, — naturaliter insint: in factum conceptae formulae intentio eas tantum praestationes complectitur, quae ex speciali quodam facto, in ipsa intentione designato, proficiscantur [3]).

---

1) fr. 1. pr. §. 1. 2. fr. 12. fr. 13. pr. praeser. verb.
2) Gaj. IV, 46.
3) Cujus rei exemplum appositissimum praebet Gajus IV. 47.

Cum haec actionis in factum conceptae natura nobis maxime arrideat, quippe quae nostro proposito egregie convenire videatur, — videmus enim, civilium quoque obligationum formulas in factum concipi potuisse [4]), — maxima inde difficultas oritur, quod vix dubitare possumus, quin hujus actionis formula in jus concepta fuerit. Aperta significatione enim Neratius (*libro I. Responsorum*), in praescriptis verbis actionibus *civili intentione incerti* agendum esse, declarat: ex Gaji commentariis autem compertum habemus, iis formulis, in quibus de jure quaerebatur, quae igitur in jus conceptae erant, intentionem juris civilis fuisse [5]). Quodsi cum hac Neratii declaratione varias illas denominationes conjungamus, quibus haec praescriptis verbis actio tum *civilis incerti actio, incerta civilis actio,* tum *incerti condictio, incerti judicium, incerti actio,* vel solummodo *civilis actio* vocatur, nulla hac de re superest dubitatio [6]). — Quomodo igitur fieri potuit, ut haec actio in factum vocaretur? Quomodo, quaero, in jus concepta formula adhiberi poterat, cum ea, quae in hanc actionem venirent, quoad juris, de quo quaerebatur, rationem, nusquam aperta declaratione significarentur propter incertam obligationis naturam?

---

4) Gaj. IV, 47. 5) Gaj. IV, 45.

6) c. 22. C. d. donat. c. 6. C. d. rer. perm. fr. 19. §. 2. d. precar. (fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s. c. 10. C. d. pact.) c. 9. C. d. donat. fr. 9. d. pr. verb. fr. 5. §. 2. eod. Cfr. Keller üb. L. C. u. Urth. p. 252. not. 17. Mühlenbr. Cession p. 149. not. 251.

Verumenimvero ipsa haec incerta et varia obligationis natura videtur appellationi illi ansam dedisse: Modo vidimus in factum actionum, quae ex Praetoris jurisdictione proficiscerentur, id proprium fuisse, quod, cum praevia cognitione Praetor actionem concederet, semper utique speciali cuidam casui accommodatae essent. Hinc fieri oportebat, ut mox unaquaeque actio, non ad generalem quandam juris notionem directa, in factum actio vocaretur [7]. Et cum eorum negotiorum, quae nomen juris civilis adepta erant, formulae perpetuae jurisdictionis causa Praetoris Edicto propositae essent, ex ceteris autem contractibus, quorum appellationes nullae jure civili proditae erant, formulae, prout res incideret, darentur: non potuit non fieri, quin actiones in horum contractuum usum comparatae et ipsae in factum actiones vocarentur [8]. Praeterea ipsa formulae conceptio talis erat, unde „in factum actionis" nomen quodammodo deduci possit. Ubi formula in jus concepta agebatur, demonstrationis ille erat usus, qua indicaretur, qualis negotii propositi esset natura, quaenam igitur juris regulae adhibendae essent, ut judex condemnatione sua intentionem explere posset. Secundum ea, quae de nominis obligationum vi ac potestate disseruimus, hunc in finem sufficiebat, ut nomen negotii, sive obligationis allegaretur: quare in depositi actione demonstrationis

7) Mühlenbr. im Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 67. 68.

8) Hinc quoque apparet, judiciorum proditorum et vulgarium actionum notio quam arctissime cum contractuum nomine cohaereat, ut actionibus vulgaribus omnes in factum actiones, velut unum corpus opponantur. fr. 1. pr. d. pr. verb.

haec erat conceptio [9]): *Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit*: talis autem demonstratio in his obligationibus, quibus neque certum nomen, neque certa juris civilis notio erat, minime dari poterat. Quare res alio modo expedienda erat: In iis quidem actionibus, quae proprie in factum vocantur, demonstrationis nullus omnino erat usus [10]), sed ipsa intentione designabatur, quid actum esset; in his autem, quibus juris civilis intentio erat, initio res, de qua ageretur, demonstranda erat, tum inferebatur juris contentio his verbis [11]): *Quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet.* Res autem, de qua agebatur, quae igitur in demonstratione designanda erat, cum brevi significatione minime denotari posset, longa descriptione opus erat, ut intelligeretur, quid in judicium veniret, ut dicas, harum actionum demonstratione effectum esse, ut res eodem perduceretur, quo in actionibus proprie in factum conceptis: nam sic quoque factum est, ut non secundum generalia quaedam juris praecepta judex litem dirimeret, sed secundum facta specialiter ipsi proposita. Quantopere autem actionum in factum appellatio inde pendeat, quod non ex generali quadam juris notione res dijudicanda sit, sed secundum facta quaedam specialiter in formula proposita, amoenissimo quodam exemplo illustratur: actionem de dolo tanquam praetoriam in factum conceptam fuisse, constat [12]). Nihilominus compertum habemus, prae-

9) Gaj. IV, 47. 10) Gaj. IV, 45. 47. 11) Gaj. IV, 60.
12) Mühlenbr. Cession p. 148. not. 250. Zimmern Röm. Civ. Proc. §. 54.

ter actionem de dolo, quae proprie vocatur, actionem de *dolo in factum* datam esse [13]). Utramque actionem in factum conceptam fuisse, constat: ea autem praecipue in factum actio vocata est, cujus intentione non tam ipse dolus, quam facta, quibus dolus inest, commemorabantur.

Pari modo autem sic explicatur, cur haec actio in factum civilis *praescriptis verbis* actio vocata sit: merito enim dicitur praescriptis verbis agi, ubi omne negotium, quod gestum est, intentioni seu formulae praescribitur. Cui materiae multum lucis affulsit ex iis, quae de *praescriptionibus* a Gajo [14]) traduntur. Quarum praescriptionum natura etsi diversissima sit ab iis, quae hoc loco a nobis tractantur, ista tamen hujus actionis appellatio exinde erui poterit: Praescriptionum illarum haec erat vis, quibus accuratiore definitione circumscriberetur, tum quid actor consequi vellet, tum quibus finibus judicii vis coërcenda esset, ubi obligationis in judicium deductae talis erat natura, ut actio, deficiente adjectione illa, quae praescriptione continebatur, non sine actoris damno procedere posset [15]). Quas adjectiones praescriptiones appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribebantur, plus quam manifestum est: id enim Gajus aperte declarat [16]). Ex eodem autem Gajo compertum habemus: praescriptionem, si non semper, nonnunquam tamen insertam fuisse formulae

13) fr. 11. §. 1. fr. 12. d. dolo. 14) Gaj. IV, 130 — 137.
15) Gaj. IV, 131. 136. 137. De praescriptionum harum vi ac potestate ante omnes conferendus est Keller, üb. L. C. u. Urth. §§. 58 — 61.
16) Gaj. IV, 132.

loco demonstrationis [17]), ita, ut pars demonstrationis fuerit. Hinc optimo jure concludere possumus, in factum actiones civiles ob eandem illam causam praescriptis verbis actiones vocatas esse, quod loco demonstrationis accuratissima quaedam negotii gesti descriptio posita fuerit, ex qua judex cognosceret, quidquid ob eam rem reum actori dare facere oporteret.

Egregie huic nostrae sententiae subvenit c. 6. C. d. transact. Ibi enim Imperator Alexander, actione in factum civili utendum esse, significans, „utilem [18]) actionem esse, inquit, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstret.*" Quibus verbis re vera formulae demonstrationem significari, eo minus dubitari potest, quod tum Alexandri temporibus ordo judiciorum adhuc observabatur, tum vero etiam rei propositae talis est ratio, de qua extra ordinem minime cognoscendum esset. Huic autem sententiae tantum abest, ut Harmenopulus [19]) contradicat, qui, προγεγραμμένων τῶν συμφώνων actionem datam esse, dicit, ut eam egregie firmet. Quare rejicienda videtur eorum sententia, qui hanc actionem propterea praescriptis verbis appellatam esse dicant, quia ejus formula ex conventione, a cliente patrono causae seu ICto ante scripta vel proposita, concepta sit: quae quidem sententia eo originem duxisse videtur, quod

17) Gaj. IV, 136. 137.

18) Hinc minime deducendum esse, praescriptis verbis actionem in utilium actionum, quae proprie vocantur, numero habitam esse, vide Mühlenbruch Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 68. sq. Eiusd. Cession p. 151. not. 253.

19) Promptuarium lib. II. c. 3.

formularum natura et indoles ante Gajum resuscitatum minus in aprico posita erat: cujus hac de re praeceptis ea, quae nos modo in medium contulimus, melius convenire videntur [20]). Quare recte affirmari poterit, hanc actionem tam in factum, quam praescriptis verbis vocatam esse, quod in demonstratione, quaenam rei gestae esset ratio, latius describebatur. Sic autem effectum est, ut haec formula cum in jus concepta esset, tum nihilominus ad diversissima quaeque negotia pertinere posset.

## §. 15.

Cum hoc primum discrimen inter actiones in factum, quae et praescriptis verbis vocantur, et ceteras in factum actiones intercedere viderimus, quod illae civiles sint, hae contra ex Praetoris jurisdictione profectae, superest, ut exquiramus, quomodo praeterea istae actiones inter se differant. Hoc autem alterum maximum discrimen inter eas statuendum videtur, quod actiones in factum praetoriae nunquam e conventionibus nascuntur, certe non id intentione sua comprehendunt, ut alter perficiat, de quo convenit [1]), actiones in factum civiles contra nusquam dantur, nisi ubi conventio aliqua intercessit, et semper eo tendunt, ut alter ad placitorum obsequia urgeatur. Quae quidem

---

20) Nostrae sententiae videntur respondere, certe non adversantur ea, quae a Kellero, üb. L. C. u. Urth. p. 254. not. 18. obiter hac de re monentur. Diversam sententiam sequuntur Glück (Meisterum, diss. cit. §. 32. secutus) T. XVIII. p. 80. p. 159. sq. et alii plures ab eo laudati.

1) Meister diss. cit. §. 44. Mühlenbr. doctr. §. 435.

hujus actionis *indoles* manifestissime ibi cernitur, ubi praescriptis verbis agendum est, quod stipulatio, quae forte hoc casu usitata erat, praetermissa est [2]). Nec non in ceteris casibus, ubi stipulationis nulla fit mentio, videre licet, praescriptis verbis actione semper id agi, ut placitorum fides servetur [3]). Cum autem sic praescriptis verbis actionis ea sit natura, ut ubique arctissime ad pactum aliquod conventum accedat: tum eandem hanc actionem *nusquam* dari constat, nisi ubi conventio aliqua re vera adsit. Nulli enim casus reperiuntur, quibus praescriptis verbis agatur, etsi nulla conventio intercesserit. Hanc sententiam si probe tenemus, fieri poterit, ut facili negotio expediamus, qualis sit differentiae ratio inter casus, in fr. 8. d. pr. verb. et fr. 15. d. cond. caus. d. c. n. s. propositos, intercedentis. Quorum casuum cum maxima sit similitudo, fere aequalitas, discrepans eorum dijudicatio vix explicari possit, nisi, hoc inter eosdem discrimen intercedere, dicamus, quod conventio, quae in fr. 8. cit. negotio gesto inest, in fr. 15. cit. desideratur. Ipsi autem casus propositi tales sunt:

1) fr. 8. d. pr. verb. (Papinianus, *libro XXVII Quaestionum* [4]).

---

2) Cujus rei exempla praebent c. 6. C. d. transact. fr. 8. d. pr. verb. c. 9. c. 22. C. d. donat. Cfr. etiam c. 4. C. d. rer. perm., quae minime huic nostrae sententiae adversatur: quae enim in fine leguntur: „vel quod alterius accipi„endi fundi gratia dedisti, causa non secuta, restituatur." de condictione ob rem datorum intelligenda esse, ex c. 7. C. eod. et plurimis aliis locis apparet. Ceterum vd. infra Cap. III. Sect. III.

3) Cfr. c. 6. c. 8. C. d. rer. perm. fr. 5. §. 1. 2. d. pr. verb

4) „Si dominus servum, cum furti argueretur, quaestionis

Titius servum, quem Attius furti arguit, quaestionis habendae causa Attio dedit, tali conventione interposita: si nihil de eo compertum fuisset, licere sibi, vel ipsum servum repetere, vel pecuniam pro eo eligere; — aestimatum enim servum tradiderat; — sin vero in admisso deprehensus fuisset, servum non esse reddendum, sed statim noxae datum intelligi. (Quo posteriore casu reddenda erat aestimatio, quam forte Titius statim, servo tradito, acceperat.) At vero nihil de servo compertum est; nihilominus Attius servum restituere recusat: quaesitum est de actionibus Titio competentibus: de eo autem constabat: si ipsum servum recipere mallet, *civiliter agi posse, i. e. praescriptis verbis* [5]): dubitabatur autem, qua actione pecunia, si eam Titius elegisset, peti posset: Papinianus autem, *„et hic praescriptis verbis incerti agi posse*, dixit, *si lex contractus non lateret.*

2) fr. 15. d. cond. causa data etc. (Pomponius, *libro XXII. ad Sabinum* [6]).

---

„habendae causa aestimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, et is non redderetur, eo nomine civiliter agi „posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset, sive in admisso deprehensus fuisset: tunc enim datam aestimationem reddi a „domino oportere. Sed quaesitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? Dixi, tametsi, quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis „conclusum non fuisset, *si tamen lex contractus non lateret*, praescriptis verbis *incerti et hic* agi posse, nec videri „nudum pactum intervenisse, quoties *certa lege* dari probaretur.

5) Quod ex verbis infra sequentibus *„et hic"* apparet.

6) „Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, de-

Cum Titii servus in suspicionem furti Attio venisset, Titius eum in quaestionem dedit sub *ea causa*, ut si id repertum in eo non esset, sibi redderetur. Dolo Attii evenit, ut servus, de quo nihil compertum esset, supplicio afficeretur. Quaeritur, quibus remediis Titio utendum sit, ut indemnis servetur? Distinguitur autem: utrum dominium servi in Attium transtulerit, nec ne. Priore casu condictioni ob causam datorum locum fore: hanc enim et ante servi mortem, quae dolo Attii contigerit, competiisse: posteriore casu ad exhibendum, vel etiam furti agi posse.

Jam ex te quaero: quid hac distinctione opus sit? Nonne priore casu, praescriptis verbis actionem sufficere, vidimus? in qua nihil interest, utrum dominium servi in Attium translatum fuerit, nec ne. Cur igitur hoc casu praescriptis verbis actio non datur? Fatendum est, inextricabilem fore hanc difficultatem, si nulla differentia inter casus propositos intercederet: at ipsi ICti viam monstrant, qua hanc difficultatem superare possimus: Papinianus docet, *praescriptis verbis agi pos-*

---

„disti eum in quaestionem sub *ea causa*, ut, si id reper-„tum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit „Praefecto Vigilum, quasi in facinore deprehensum: Prae-„fectus Vigilum eum summo supplicio affecit. Ages cum „Attio, *dare eum tibi oportere*, quia et ante mortem dare „tibi eum oportuerit. Labeo ait: posse etiam ad exhiben-„dum agi, quoniam fecerit, quo minus exhiberet. Sed „Proculus, dari oportere ita, ait, si fecisses ejus hominem, „quo casu ad exhibendum agere te non posse; sed si „tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re „aliena ita sit usus, ut sciret, se invito domino uti, aut „dominum, si sciret, prohibiturum esse."

*se, si lex contractus non lateret, neque videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur.* Quibus verbis aperte declaratur, re vera conventionem interpositam fuisse. Quaeritur, num Pomponius pari modo servum *certa lege* datum esse dixerit, ut conventio subsit, ex qua datus servus repeti possit? Quod videtur negandum, modo consideremus, quod repetitio servi non datur per actionem ex contractu oriundam, sed per condictionem ob causam datorum, quae nunquam ex contractu oritur. Hoc denique non inest in ipsis loci verbis: non enim *certa lege*, sed sub *ea causa* servus datus dicitur, ut si nihil in eo repertum esset, redderetur: quibus verbis non tam, „disertis verbis hoc in traditione expressum fuisse," declaratur, quam potius „servo in quaestionem dato hoc esse intellectum," quasi id negotii gesti naturae inesset. Hanc enim re vera hujus loci sententiam fuisse, eo minus dubitari potest, quod saepissime accidere solebat, ut servi in quaestionem a dominis darentur; quibus casibus etsi stipulatio interponi soleret [7]), semper idem illo erat negotii eventus, ut servus convictus noxae datus retineretur, qui nihil commisisset, domino redderetur, nisi hic servi aestimationem dari sibi praeferret [8]).

Quaeritur autem, an non fieri potuerit, ut, conventionem talem re vera factam esse, fingeretur, et praescriptis verbis actio ex tali ficta conventione daretur? Id statim dicendum puto, ipsa haec exempla, modo allata, huic opinioni non

7) fr. 13. d. quaestion.

8) fr. 13. cit. fr. 27. ad leg. Jul. d. adulter. Paul. V, 10. §. 3.

succurrere: quod quidem suspicionem movet, si quis forte, tale quid fieri, contendere velit: tale quid autem contendere videntur, qui in factum actionem, quae in fr. 10. d. pr. verb. [9]) datur, praescriptis verbis esse dicant [10]). Argumentum legis nullam in se habet difficultatem: si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum Praetori visum est, de utroque legatarium cavere: „et usurum se viri boni arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desierit, restituturum, quod inde exstet“ [11]). Haec stipulatio, quae nostro casu, quo pecuniae ususfructus legatus erat, ita concipi debebat: „ut, quando mortua aut capite deminuta „sit mulier, ejusdem quantitatis pecunia restitua„tur“ [12]), praetermissa est: constat praeterea ex ipsa lege, nulla alia ratione heredi prospectum esse. Proculus aliquando, de tali casu interrogatus, respondit: si ususfructus nomine re tradita cautum non fuerit, posse heredem rem vindicare [13]), cui sententiae Ulpianus adjicit, et ipsam stipulationem condici posse, quod quidem constante usufructu

9) (Javolenus, libro XIII Epistolarum): „Partis tertiae usum„fructum quis legavit uxori; heredis bona ab ejus credito„ribus distracta sunt, et pecuniam, quae ex aestimatione „partis tertiae fiebat, mulier accepit fruendi causa, et per „ignorantiam stipulatio praetermissa est. Quaero: an ab „herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, re„peti possit, et qua actione? Respondi: in factum actio„nem dari debere.“

10) Mühlenbr. doctr. §. 344. not. 2. Retes Opuscul. Lib. II. Sect. I. c. 8. nro. 5. Meerman Thesaurus T. VI.

11) fr. 1. pr. usufructuar. quemadm. caveat.

12) fr. 7. d. usfr. ear. rer. 13) fr 7. usfrar. quemadm. cav.

per incerti condictionem fieri debebat [14]). At hoc nostro casu rei vindicatio locum non habet: pecunia enim in usufructu est, cujus dominium in usufructuarium transfertur [15]): stipulatio autem non amplius condici potest, re in eum casum deducta, quo ususfructus finitur: mortua enim est mulier. Quare Javolenus respondit: in factum actionem dari debere. Hanc autem in factum actionem praetoriam esse, fr. 9. §. 4. ad exhibend. [16]) aperta significatione demonstratur. Nihil enim interest, utrum pecunia, cujus ususfructus legatus est, ad heredem reditura sit, an ad alium quendam legatarium: si enim tibi ususfructus, et mihi proprietas legata sit, mihi cavendum est: sed si tibi ususfructus, et mihi sub conditione proprietas legata sit, quidam, ut Marcianus, et heredi, et mihi cavendum esse putant; quae sententia

---

14) fr. 5. d. usfr. ear. rer. 15) fr. 7. eod.

16) (Ulpianus, libro XXIV. ad Edictum.) „Marcellus scribit, „si tibi decem numismata sint sub conditione legata, et mi„hi decem ususfructus pure, deinde heres pendente condi„tione, non exacta cautione, decem fructuario solverit, ad „exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit, quo „minus possideret. Dolus autem in eo est, quod cautio„nem exigere supersedit a fructuario, effectumque, ut le„gatum tuum evanesceret, cum jam nummos vindicare non „possis. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum „actio, si conditio exstiterit legati. Potuisti tamen tibi pro„spicere stipulatione legatorum, et si prospexisti, non erit „tibi necessaria ad exhibendum actio. *Si tamen ignarus „legati tui, a fructuario satis non exegit*, dicit Marcellus „*cessare ad exhibendum*, scilicet quia nullus dolus est; „*succurrendum tamen legatario in factum adversus fru„ctuarium actione*, ait.

vera est [17]). Secundum quae argumentum fr. 9. §. 4. ad exhibend. sine omni difficultate procedit. Quo in factum actionem praetoriam dari, cum nemo dubitet [18]): cujus loci argumentum cum nostro casui arctissime respondeat: cum utriusque legis ratio ea sit, ne usufructuarius cum alterius damno locupletior fiat, — quae ratio semper utique actionis in factum praetoriae propria est, — probasse mihi videor, quae contenderam, Javolenum de in factum actione praetoria cogitasse. Induxisse tamen videtur interpretes, ut de actione praescriptis verbis cogitarent, quod fr. 5. d. usfr. ear. rer. Sabinus, Celsus, Ulpianus, „omissa stipulatione, finito usufructu, ipsam quantitatem condici posse", censent. Quos tamen de condictione sine causa cogitasse, equidem minime dubito. Pecunia enim, quam ususfructus nomine legatarius accepit, post finitum usumfructum vel apud ipsum, vel apud heredem ejus sine causa remaneret: condictione sine causa autem repeti potest, quidquid alterius apud alterum sine causa deprehenditur [19]); neque vero etiam alia juris remedia hoc casu competere videntur, nisi ad actionem in factum praetoriam confugere velis, quam et ipsam hoc casu datam esse, modo vidimus.

Sic autem evicisse mihi videor, praescriptis verbis actionem non dari, nisi ubi subsit conventio: hanc tamen conventionem expressam esse oportere, non suppleri. Quare multo minus de hac

---

17) fr. 8. usfrar. quemadm.

18) Cfr. enim fr. 63. d. leg. II. fr. 8. §. 14. ad exhib.

19) fr. 66. d. cond. ind. fr. 6. d. cond. ob turp. caus. fr. 4. d. cond. sine caus.

actione cogitandum videtur, ubi solum delictum versatur: unde constat, in factum actiones, quae fr. 11. et fr. 14. d. pr. verb. commemorantur, omnes ex Praetoris jurisdictione profectas esse: in fr. 23. eod. [20]) dubitari tamen possit, de qua potissimum actione cogitatum sit. Quamvis autem de conventione aliqua, de restituendo annulo facta, directis verbis nihil in ipsa lege sit expressum, tota tamen rei gestae ratio talis est, ut hanc re vera intercessisse, minime dubitare possimus. Quapropter hoc casu non tam de actione in factum legi Aquiliae accommodata [21]), quam de praescriptis verbis actione ICtum cogitasse dixerim, ut hic casus prorsus ad similitudinem eorum dijudicandus sit, qui fr. 17. §. 2. eod. recensentur.

## §. 16.

Cum ita constet, actionem praescriptis verbis, nisi ex conventione, non dari, et propterea ad earum actionum numerum referendam esse, quae secundum summam illam Gaji divisionem ex contractu nascantur, nunc exquirendum videtur, quid veniat in hanc actionem? Cui quaestioni arctissime altera illa cohaeret, utrum praescriptis verbis actio magis ad stricti juris, an ad bonae fidei judicia referenda sit? Saepius autem in antecedentibus a nobis commemoratum invenies, hujus actionis intentionem incertam fuisse, id enim ex

---

20) „Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum „ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, ut re„spiceret: illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est. „Respondit: posse agi cum eo in factum actione."

21) §. 16. I. d. leg. Aquil.

fr. 6. h. t. constat. Eodem autem pertinet, quod haec actio *incerta* civilis vocatur [1]), quod *incerti* judicio agendum esse dicitur [2]), quod saepius etiam *incerti* civilis actio appellatur [3]). Unde colligi potest, semper venire in hanc actionem *id, quod actoris intersit, placita servari,* id quod plurimi loci testantur [4]).

1) c. 6. C. d. rer. perm. 2) c. 9. C. d. donat.
3) c. 22. C. eod. fr. 23. comm. divid. fr. 9. fr. 16. fr. 8. d. pr. verb. fr. 7. §. 2. d. pact.
4) Vd. e multorum numero: fr. 5. §. 1. fr. 7. d. pr. verb. c. 3. C. d. inutil. stipul. An praescriptis verbis actionis formula ita concipi potuerit: *Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X millia dare oportere*, ut certi condictionis instar data sit, equidem dijudicare non ausim. Nonnulli, inter quos Retes (Opusc. Lib. II. Sect. I. c. 9. nro 9.) et Mühbruch (Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 71.) affirmant. Quibus viris etsi vix contradicere ausim, cum haec materia hactenus tantis difficultatibus laboret (vd. Bethmann-Hollweg Versuche p. 40. not. 90.), ut de hujus condictionis indole et usu non una sit doctorum virorum sententia, non tamen eorum opinioni accedere possum. Admodum dubium enim videtur, an praescriptis verbis actionis indoles talis sit, qua certum consequi possis, praesertim cum eo demum tempore dari coepta sit, quo ad arbitrum magis, quam ad judicem res omnes deferrentur. Quae dubitatio eo augetur, quod semper ubique, hanc actionem *incerti* fuisse, ab ICtis traditur, nusquam *certi*. Licet denique hae dubitationes omnes remotae sint, nihilominus uno tantum casu praescriptis verbis actio, ut certi condictio dari possit: Certum non petitur, nisi tribus modis: (Vd. Gans Obl.-R. p. 25—47. Mühlenbr. Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 55 sqq. Zimmern Röm. Civ. Proc. §. 61.) 1) Si vel lege, seu quod legis vicem obtinet, actio concessa est. 2) Si vel stipulatio, vel litterarum obligatio intercessit, vel ex testamento legati nomine agitur. 3) Si vel pecuniae numeratio, vel omnino

Quod cum ita sese habeat, non immerito con-

---

datio aliqua intervenit. Quorum casuum omnium unus tantum locum habere potest, cum praescriptis verbis agitur: si quidem ea lege datum est aliquid, quod sui natura certum est, ut vel idem, vel res ejusdem qualitatis et quantitatis reddantur: quare condictionem, quae c. 10. C. d. pact. datur, certi esse, affirmari possit: quod de ceteris casibus omnibus, in juris nostri amplissimo volumine obviis negandum esse, existimo. — Quodsi Retes (c. l.) sententiam suam ex fr. 9. pr. d. reb. cred. deducere studet, hoc errore eum lapsum videmus, *incerti contractus* appellatione eum contractum insigniri, qui nomine careat. Alii autem, in auxilium vocato fr. 28. §. 4. d. jurejur., ex hoc loco efficere voluerunt, certi condictionem ex unoquoque contractu nasci, et ubique actionem ex ipso contractu natam prosequi, ut in creditoris arbitrio positum sit, qua potissimum actione velit experiri: quae opinio etsi hodie prope exoleta sit, neutiquam tamen de loci illius sententia undique videtur constare. Nam quae Rubo (üb. d. Theilbarkeit der Obl. p. 82 sqq.) hac de re disputavit, (quae Zimmern Röm. Civ. Proc. p. 184. not. 15. approbavit) loci illius sententiam justo magis videntur restringere, cum incertum contractum eum solum hoc loco vocatum esse dicat, ex quo sub conditione, vel diei adjectione res aliqua, per se certa, debebatur. Nam si haec re vera fuisset Ulpiani sententia, eodem loco bis prorsus idem dixisset: dein vero etiam Ulpiani dictum satis inane fuisset, cum sic fere nihil aliud dixisset, nisi: certum non posse condici, nisi id, quod certum sit. Quare haec applicatio eorum, quae fr. 74. fr. 75. fr. 76. d. V. O. de certi significatione traduntur, ad hunc locum sufficere non videtur, cujus ope idonea ejus sententia eruatur. Sed re vera Ulpianum de omnium eorum casuum, quibus certi condictio competat, descriptione cogitasse, dicendum putaverim: quare etiam de iis modis cogitasse eum, contenderim, quibus fieri possit, ut certi condictio secundum eorum, quae acta sint,

ficias, praescriptis verbis actionem ad bonae fidei judicia referendam esse, quibus utique id, quod

naturam, cum actionibus ex incerto contractu competentibus concurrat. Incerti contractus appellatione autem minime eum solum significari, dico, qui bonae fidei sit, (id quod Gans Obl.-R. p. 127. fecit: vd. tamen Mühlenbr. ad hunc locum, Heidelb. Jahrb. p. 63.), sed unumquemque, ex quo incertum peti soleat, ut etiam stipulationes, quae in faciendo consistunt, et praescriptis verbis actiones, dein vero etiam omnes bonae fidei obligationes huc trahendas esse, censeam. Ipsum illum locum autem sic interpretandum esse putaverim: („*Certi condictio competit* „*ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum* „*petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.*") Certi condictio locum habet ex omnibus omnino obligationibus, modo tales sint, ex quibus secundum generalia juris praecepta certum condici possit: quod tribus tantum modis accidere vidimus: quodsi haec sit rei conditio, nihil interest, utrum negotium contractum tale sit, ex quo certum condici soleat, an tale, ex quo actio dari soleat in id, quod interest. („*Licet enim nobis ex omni contractu* „*certum condicere, dummodo praesens sit obligatio.*") Neque tamen hoc sine omni distinctione verum est. Sicut enim in omnibus obligationibus, quae sub conditione vel in diem contractae sunt, agi non potest, nisi conditio extiterit, vel dies venerit, sic etiam certi condictio tum demum ex contractibus istis datur, ubi omnino actio nata est, et obligatio exstitit: ergo simul ac praesens sit obligatio, vel actione ex contractu, vel condictione agere potero. — Ut igitur certi condictionis concursus iste locum habeat, duo necessaria sunt: primum, ut obligatio adsit, ex qua certum condici possit; deinde, ut et res, quae petitur, ab omni parte certa sit. Secundum haec concursus ille tribus modis contingere poterit: 1) si is, qui mihi ex contractu obligatus est, quoad obligationis causam delictum aliquod committit, quo fit, ut mihi electio detur, utrum

interest, consequimur [5]). Quod tamen neutiquam omni dubitatione caret: quamvis enim constet, actionem praescriptis verbis in stricti juris actionum numero minime habitam esse: eae enim utique certi judicia erant: non desunt tamen rationes, quibus effici possit, eam minime simpliciter in bonae fidei actionum numero habitam esse. Quo omnium primum pertinet, quod §. 28. I. d. actio-

hoc delictum actione ex contractu competente vindicare malim, an certi condictione, quae ex delicto commisso nascitur. fr. 9. §. 1. d. R. C. fr. 34. §. 1. 2. d. O. et A. fr. 47—50. pro soc., quibuscum conferas velim fr. 28. §. 4. d. jurejur. fr. 13. §. 1. depos., quae ex his interpretanda esse, vix dubitaverim. 2) Si vel actione ex contractu agere possum, vel ex cautione aliqua contractui adjecta, veluti ex duplae stipulatione, vel etiam quod poenam stipulatus sum; denique si res debita legato mihi relicta fuerit: quae species exemplis minime eget. 3) Si ei, quod actum est, datio aliqua ex eorum numero inest, ex quibus condictio nascitur: quo referenda sunt: fr. 2. d. cond. sine caus. fr. 2. §. 1.; fr. 9. d. cond. ob turp. caus. fr. 57. d. C. E. fr. 11. §. 6. d. A. E; omnium maxime autem ii casus omnes huc trahendi videntur, quibus condictio ob causam datorum cum praescriptis verbis actione concurrit. — (Ceterum conferas velim Gans Obl.-R. §. 6.). Quodsi haec a vero non abhorrent, nemo amplius ex hoc Ulpiani fragmento demonstrare studeat, praescriptis verbis actionem certi condictionis naturam induere, simul atque secundum fr. 74 sqq. d. V. O. appareat, quid, quale, quantumque sit, quod petatur: cui sententiae directo contrarium est fr. 8. i. f. d. pr. verb., (quod quomodo effugere studeat Retes vd. Opuscul. L. II. S. I. c. 9. nro. 11.) secundum quod interpretandum videtur fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s. fortasse etiam c. 10. C. d. pact.

5) id quod ab Heffter (Gaji Instit. comm. quart. p. 79.) factum videmus. Cfr. Zimmern Röm. Civ. Proc. §. 60.

nib. inter bonae fidei judicia praescriptis verbis actio non enumeratur, nisi quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione [6]) competit: unde effici potest, ceteris casibus omnibus praescriptis verbis actionem non esse bonae fidei: cur enim de his singulis casibus speciali significatione moneretur, praescriptis verbis actionem bonae fidei esse, si haec actio in universum bonae fidei haberetur? Quare eodem ordine et pari virtute videtur habenda, quibus tum incerti condictiones, tum vero etiam actiones ex stipulatu habentur [7]), quae neque ad stricti juris, neque ad bonae fidei judicia referuntur, sed mediam quandam et propriam viam sequi videntur [8]). Praescriptis verbis actionem autem sui natura ad hoc actionum genus proxime accedere, inde effici potest, quod ipsa interdum „*incerti condictio*“ [9]), vel simpliciter „*condictio*“ [10]) vocatur, quod semper uni tantum contrahentium competit, neque statim ab initio simul utrique, neque contrariae actionis instar: — ei enim soli competit, qui primus praestitit, de quo convenit: — quod denique sic tantum explicari potest, cur interdum actio de dolo cum praescriptis verbis actione concurrat.

---

6) Cfr. c. 2. C. d. rer. perm.

7) In quarum formula positum non est: *ex fide bona.*

8) Nisi eas ad arbitrariarum actionum numerum referre malis, quae ex bono et aequo competunt; Mühlenbr. Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 61. Ejusd. doctr. pand. §. 138. i. f. Ceterum quod attinet ad nostram sententiam vd. Zimmern Röm. Civ. Proc. §. 62.

9) fr. 19. §. 2. d. precar., de quo loco infra plura dicentur.

10) fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s. c. 10. C. d. pact.

Cujus quidem rei alia praeterea ratio reddi potest: nam sicuti praescriptis verbis actio non competit, nisi cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus [11]), sic etiam de dolo judicium non datur, nisi ubi alia actio non erit [12]). Sed hujus rei non ea est causa, quod actione de dolo non opus sit, ubi alia actio locum habeat, sed quod famosa actio non temere debeat decerni, si sit alia vel civilis, vel honoraria, qua quis possit experiri [13]); ut a recto aberrasse videantur, qui actionem de dolo praescriptis verbis actioni praecedere dicant, quia de dolo actio ex vulgarium et proditarum actionum numero sit [14]). Nonne enim eadem illa ratio, quae actionis de dolo usum in universum impedit, et ipsa locum habet, ubi praescriptis verbis agi poterit? Dein vero etiam uno certe loco [15]) disertis verbis, actione de dolo non esse utendum, dicitur, quod praescriptis verbis agi possit. Nihilominus tamen subsidiaria illa utriusque actionis indoles interdum effecit, ut de dolo actio praescriptis verbis actioni vel praeferri videatur: actionem de dolo [16]) prius concessam fuisse constat, quam praescriptis verbis actionis usus existeret; praeterea de hujus natura non statim ab omni parte constitisse videtur, ut saepius dubitari posset, an praescriptis verbis actio competeret: non solum autem si alia actio non sit, sed et, si dubitetur, an alia sit, putat Labeo, de

---

11) fr. 1. pr. fr. 2. 3. d. pr. verb.
12) fr. 1. §. 1. d. dolo. 13) fr. 1. §. 4. eod.
14) Glück Tom. XVIII. p. 100. 15) fr. 9. §. 3. d. dolo.
16) Hugo Rechtsgesch. p. 871. Schweppe Rechtsgesch. §. 526.

dolo dandam actionem: sic factum est, ut nonnulli ICti, actionem de dolo dandam esse, existimarent, ubi alii praescriptis verbis actionem dabant [17]), quorum sententiam sequendam esse, hodie non dubitatur.

Quapropter redeo ad ea, quae supra contenderam: eo, quod praescriptis verbis actio non simpliciter ad bonae fidei judicia pertineat, explicari posse, cur interdum de dolo actio cum praescriptis verbis actione iis quoque casibus concurrat, quibus non amplius dubitabatur, posteriorem actionem locum habere. Huc autem pertinet:

fr. 5. §. 2. i. f. d. pr. verb. (Paulus, *libro V. Quaestionum.*)

„Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manu„mitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus „est, si *sciens* dedi, de *dolo* in me dandam actio„nem, Julianus scribit; si *ignorans*, in *factum ci„vilem.*"

Priusquam autem ipsam hujus loci interpretationem aggrediar, pauca quaedam praemonenda videntur de ratione, quae inter hunc locum et fr. 7. §. 2. i. f. d. pact. intercedat [18]):

fr. 7. §. 2. d. pact. (Ulpianus *libro IV. ad Edictum.*)

„ . . . . . . . . Et ideo puto, recte „Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi „tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumi„sisti, evictus est Stichus; Julianus scribit: in *fa„ctum* actionem a *Praetore* dandam; ille ait: *civi-*

17) Cfr. fr. 5. §. 3. d. pr. verb. cum fr. 15. 22. eod.

18) Vd. apud Glück XVIII. p. 96 — 107. quomodo laboraverint interpretes in his locis sibi conciliandis.

„*lem incerti* actionem, id est *praescriptis verbis*, „sufficere; esse enim contractum, quod Aristo *συν*„*άλλαγμα* dicit, unde haec nascatur actio."

Neminem fugiet, aliam esse Ulpiani, aliam Pauli de Juliani sententia narrationem: plenior tamen Pauli narratio videtur. Quare putaverim, re vera Julianum differentiam illam a Paulo memoratam statuisse inter eum, qui sciens, et eum, qui ignorans servum alienum dederit. Aliunde enim compertum habemus, hanc distinctionem Juliano admodum in deliciis fuisse [19]). Si quis igitur sciens alienum dederit, de dolo dandam esse actionem, Julianus censuit: quae sententia a Paulo comprobatur, neque a Mauriciano videtur reprehensa. Si quis autem ignorans alienum dederit, Julianus, in factum actionem a Praetore dandam esse, scripsit, et propterea a Mauriciano reprehenditur. Cur autem, in factum actionem a Praetore dandam, Julianus censuit? Equidem, hujus rei hanc esse rationem, dixerim: ab utraque parte praestita erant, de quibus convenerat, ut obligatio solutione exstincta videri posset: evictus est Stichus: cum haec obligatio non esset bonae fidei, Julianus merito dubitare poterat, actio ex contractu oriunda num adhuc locum haberet: omnia enim ea in contemplationem venire poterant, de quibus in decidenda specie, fr. 7. §. 3. [20]) d. dol. mal. proposita, Labeo et Ulpianus disserunt. Quare Julianus tutius

19) fr. 13. d. A. E.

20) (Ulpianus libro XI. ad Edictum.) „Non solum autem „si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, pu„tat Labeo, de dolo dandam actionem, et affert talem spe„ciem: Qui servum mihi debebat vel ex venditione, vel ex

ducebat, actionem in factum a Praetore decerni, ubi dolus nullus versabatur. Mauricianus autem, actionem in factum civilem sufficere, censuit: obligatio enim ex contractu orta erat, cujus talis esset natura, ut evictionem praestare deberet, qui servum dedisset [21]): quare ex contractu agendum erat, Sticho evicto: ex contractu autem utique praescriptis verbis in factum actio competebat, cum in factum actio praetoria ex contractu nunquam nascatur. Ex ipsa igitur argumentandi ratione, qua Mauricianus utitur, — „esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascatur actio", — effici potest, Julianum re vera de in factum actione *praetoria* [22]) cogitasse: ut cum Jacobo Cujacio [23]) dicendum sit, Juliani sententiam a Paulo statim sic propositam esse, uti a Mauriciano, qui ipsum tempore praecedebat, emendata erat: quod eo magis ei faciendum erat, quod ipse, hanc sententiam sequendam, non rejiciendam esse, censeret.

Merito autem Paulus Mauriciani sententiam amplexus est. Nam praescriptis verbis actio quae

„stipulatu, venenum ei dedit, et sic eum tradidit; vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem, vel aedificia „diruit, arbores excidit, vel exstirpavit. Ait Labeo: *sive „cavit de dolo, sive non, dandam in eum de dolo a„ctionem, quoniam, si cavit, dubium est, an competat ei „ex stipulatu actio.* Si non est cautum, in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto; „in ex stipulatu vero de dolo actio necessaria est."

21) Thibaut Pand. §. 178. not. f. Ed. VII.

22) quod quidem Noodt (de pact. et transact. c. IX) negavit, „in factum" hoc loco idem significare contendens, quod, „*pro re nata*" „*pro casuum varietate.*"

23) ad fr. 5. §. 2. d. pr. verb; Pauli Quaestionum Lib. V.

propter evictionem datur, sua natura nihil omnino a communi, qua ubique usurpatur, ratione recedit. Neque vero hic ejus usus nostrae sententiae, antea propositae, adversatur: praescriptis verbis actionem semper uni tantum contrahentium competere: neque vero etiam dici potest, totam obligationem ante, quam evictio facta sit, solutione exstinctam fuisse. Haec ut demonstremus, hoc loco ponenda sunt quaedam, de quibus inter nos nondum constat, quae tamen ab aliis plurimis conceduntur: Obligatio, ex qua praescriptis verbis actio oritur, inde initium capit et vires, quod unus vel alter dedit vel fecit, de quo convenit, qui simul atque conventa praestitit, alterum sibi obligat [24]). Non sufficit autem, ut rem tradat et ob evictionem sese obliget, qui *dare* debet, sed necesse habet, rem accipientis facere, quem tum tantum sibi obligat, cum rei dominium in eum transtulerit. Ideoque Pedius ait [25]): alienam rem dantem nullam contrahere permutationem, i. e. alterum sibi non obligare. Unde si utrinque praestita sunt, de quibus convenit, et res, ab uno vel altero data, postea evicta est, res in eam conditionem deducitur, ut is solus alterum obligatum habeat, qui rei traditae dominium re vera in alterum transtulerit: is enim primus praestitisse videtur, de quibus convenit, et solus placitorum fidem servavit. —Idem vero hoc, quod sic in permutatione necessitate quadam obtinere probavimus, nostro casu locum habet: hic quoque, qui servum dedit,

24) Disertis verbis enim haec regula fr. 1. §. 2 d. rer. perm. nobis traditur.

25) fr. 1. §. 3. d. rer. perm. Cfr. fr. 38. §. 3. fr. 20. fr. 45. d. solut.

ut alter servum manumitteret, dominium servi transferre debet, ut alterum re vera obligatum habeat: hîc quoque valet, quod modo in permutatione Pedium dixisse commemoravimus, alienam rem dantem alterum sibi non obligare. Si itaque, servo tradito, alter, uti convenerat, servum manumisit, postea servus, quem acceperat, evictus est, hîc quoque res in eam conditionem deducta est, ut is solus alterum obligatum habeat, qui servum manumisit: is enim solus conventa praestitit. Quare in ejus solius persona obligatio consistit: quapropter ei soli praescriptis verbis actio competit, in qua id veniet, ut damnetur reus, quanti actoris intersit, id, de quo convenit, accepisse [26]). Excepto enim eo, quod in emtione et venditione obligatio nudo consensu perficitur, et statim ab initio utrinque consistit, hujus rei eadem est ratio, quae actionis ex emto, quae propter evictionem competit. Namque hîc quoque, evictione facta, tan-

---

26) c. 29. C. d. evict. Similem sententiam Noodt (de pact. et transact. c. IX.) proposuit, qui quidem contractum „do, ut facias" evictione facta in contractum „facio, ut des" transire contendit, aliud tamen inde efficere voluit. Immerito autem haec sententia a Glückio (Tom. XVIII, p. 101.) vituperatur. Is enim, eam fovens sententiam, contractuum innominatorum has formulas inventas esse; „do, ut des" etc. (vd. Tom. IV. p. 232.), et propterea, contractum „do, ut facias" a contractu „facio, ut des" fere toto coelo discrepare, censens, ad sententiam fr. 8. §. 1. mand. decurrit: „uniuscujusque contractus initium spectandum esse, et causam." Spero tamen, me probasse, initium obligationis re vera ab ejus persona proficisci, qui servum manumisit. Quod attinet autem ad formulas „do, ut des" etc. infra latius hac de re disputabitur.

tum abest, ut nova oriatur obligatio, et actio emti, quae solutione facta in perpetuum remota videri poterat, denuo resuscitetur, ut solutio omnino facta non videatur: neque enim emtori rem habere licere venditor praestitit: quare obligatio, quae statim ab initio constituta est, in suo statu remansit, utpote quae nunquam exstincta fuerit, et emti judicium datur, cum nihil intersit, utrum venditor in re tradenda moram adhibeat, an rem traditam habere licere emtori non praestet [27]).

Uti autem in emtione, sic etiam nostro casu ei, qui rem aliquam traditam accepit, maxima damna inde contingere possunt, quod forte eam rem retinere non licet. In quibus resarciendis merito distinguitur, utrum is, qui rem alienam tradiderit, hac in re dolose versatus sit, nec ne. Probe enim rectae rationi respondet, ut obligatio ejus augeatur, qui dolum admiserit; dolus enim per se obligationes parit, quae, obligationi ex contractu natae accedentes, eam augeant, necesse est. Quare non est, quod miremur, in emtionibus saepenumero nos dictum invenire: teneri aliquem propterea, quod dolose versatus sit, etsi alias non teneretur [28]). Unde optimo jure concludere possumus, eum, qui sciens rem alienam dederit, ut aliud quid nanciscatur, ejus instar, qui sciens rem vitiosam emtori ignoranti tradiderit [29]), pluris condemnatum iri, quam eum, qui ignorans fecerit. — Cum autem dolus utique bonae fidei judiciis insit, emtor quidem ex emto actione eadem omnia

27) fr. 21. §. 1. d. evict.

28) fr. 30. §. 1. d. A. E. fr. 45. §. 1. eod. fr. 21. pr. d. evict. fr. 37. d. dol.

29) fr. 19. d. pericul. fr. 45. d. C. E.

consequetur, quae actione de dolo consequi posset. Quod idem in praescriptis verbis actione, quae ex permutatione competit, dicendum videtur; namque haec quoque bonae fidei judiciis annumeratur [30]). De ceteris praescriptis verbis actionis casibus, quaeritur, num idem valeat? Quod videtur negandum. Nam cum ex permutatione propter evictionem factam praescriptis verbis agitur, distinctio illa Juliani inter eum, qui sciens, et eum, qui ignorans dederit, ne commemoratur quidem [31]). Cur igitur hoc nostro casu, adversus eum, qui sciens alienum dederit, de dolo, adversus eum, qui ignorans, praescriptis verbis agendum esse, dicitur? Dicendum videtur, omnem hujus distinctionis vim et momentum eo consistere, quod praescriptis verbis actio ad damna data resarcienda non eandem vim exerceat, quae actioni de dolo inest: hinc concludere licet praescriptis verbis actionem, quae hoc loco datur, non esse bonae fidei: nam cum bonae fidei judiciis eadem omnia consequi possis, quae actione de dolo, fere ridicula esset distinctio, nostro loco facta, si praescriptis verbis actio semper ubique bonae fidei habita esset. Nam cum ex hoc loco constet, propter evictionem factam praescriptis verbis actionem et ipsam competere: nulla idonea ratio reddi possit, cur in eum, qui sciens alienum servum dederit, de dolo actio, non praescriptis verbis, data sit, si idem utriusque actionis esset eventus. Simul autem atque, praescriptis verbis actionem per se in universum bonae fidei judiciis annumeratam non esse, dicamus, omnis illa

30) §. 28. I. d. act. c. 2. C. d. rer. perm.

31) c. 29. C. d. evict. c. 1. C. d. rer. perm. fr. 1. §. 1. eod.

difficultas e medio tollitur. Etenim sic ex communibus juris regulis defendi potest, quod de eadem re praeter actionem in factum civilem de dolo actio datur. Ubi enim aliquis non aliter indemnis servari potest, etsi aliam actionem habeat, actione de dolo uti potest: eleganter enim Pomponius haec verba edicti, de dolo malo propositi [32]: *„si alia actio non sit"*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit [33]).

Nihilominus tamen dicendum putaverim, non semper pari modo praescriptis verbis actionis naturam a bonae fidei judiciorum vi ac potestate recedere: sed potius hujus rei differentiam quandam statuendam esse, ut nunc bonae fidei actionum similis habita sit, mox propius ad stricti juris obligationes accesserit, secundum diversam eorum casuum indolem, quibus competit [34]): quos quidem singulos jam recensebimus.

---

32) fr. 1. §. 1. d. dol.

33) fr. 7. pr. d. dol. Cfr. fr. 1. §. 8. — fr. 6. eod. Quare in hanc praescriptis verbis actionem omnia ea conveniunt, quae Mühlenbr. doctr. §. 138. i. f. de arbitrariarum actionum natura disserit. Cum autem de natura divisionis illius actionum, in *stricti juris*, *bonae fidei et arbitrariae actiones*, neutiquam pro certo constet, equidem dijudicare non ausim, utrum ad arbitrariarum actionum numerum referenda sit praescriptis verbis actio, an divisione illa non comprehendatur.

34) Cfr. Mühlenbr. Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 71 sq.

# CAPUT III.

## *Quo recensentur casus, ex quibus praescriptis verbis actio competit.*

### SECTIO I.

**Quae eos casus omnes continet, quibus tutius ducebatur, praescriptis verbis agi.**

### §. 17.

Id autem in his casibus perscrutandis omnium primum notandum et probe tenendum videtur, quod jam commemoratum est, praescriptis verbis actionibus hoc cum reliquis in factum actionibus commune esse, quod locum non habeant, nisi cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus [1]). Hinc enim factum est, ut, ubicunque praescriptis verbis dandam actionem dicatur, antea quaeratur, annon alia quaedam actio ex vulgarium numero competat. Quare ubique, praesertim autem cum similitudo quaedam cum contractu aliquo ex eorum numero, quibus proprium nomen inditum est, intercedit, caute examinandum erit, an forte talis rei gestae sit ratio, ut in nominati alicujus et proditi negotii formam cadat: ut tunc demum praescriptis verbis actio detur, ubi vel alia actio omnino locum non habeat, vel tamen hac de re dubitari possit.

Tria autem potissimum casuum genera distinguenda videntur, quibus praescriptis verbis agendum esse, dicitur:

1) fr. 1. pr. fr. 2. 3. 4. fr. 11. fr. 17. §. 2. fr. 21. d. pr. verb.

Primo loco ii casus omnes collocandi videntur, in quibus dubitabatur, annon alia quaedam actio e vulgarium numero competeret: ubi *tutius ducebatur*, praescriptis verbis agere, ne quis propter formularum angustias causa caderet.

Quae quidem dubitatio variis modis oriri poterat. Constabat fortasse, adesse negotium, ex quo vulgaris actio competeret, dubitabatur de negotii forma et qualitate. Sic verbi gratia incertum erat, utrum dominus mercium navem conduxisset, an merces vehendas locasset [2]), utrum igitur conducti, an locati agendum esset. Quare, cum tutius esset, praescriptis verbis agere, Labeo, in magistrum navis civilem actionem in factum dandam esse, scripsit. Totum hoc negotium autem secundum locationis et conductionis communes regulas dijudicandam esse, quis est, qui dubitet?

Cujus quidem rei longe difficilior est exitus, cum eadem haec quaestio movetur de negotiis, quorum natura sibi parum consentanea est. Forte enim *„rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: „ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut „pretio utereris“* [3]): et si tibi rem vendendam dedero, ut pretium ad me referas, hoc esse mandatum, nemo dubitet: quare tam res, quam tibi tradidi, quam pretium, quod inde percepisti, periculo meo erit. Mandatum autem solius mandatoris utilitatem spectat, et ejus tantum gratia suscipitur [4]); nostro casu contra negotium contractum ad mandatarii solius commodum respicit: — is enim pre-

2) fr. 1. §. 1. d. pr. verb.
3) fr. 19. pr. d. pr. verb. (Ulp.)
4) fr. 1. § 4. fr. 2. mand.

tium rei venditae non ad dominum referet, sed mutuum accipiet: — id quod a mandati natura alienum videtur. Pari modo autem dubitatum est, utrum ita pecunia credita fieri posset, id quod ab Africano [5]) negatum, ab Ulpiano affirmatum [6]) videmus. Cujus sententia cum obtinuisse videatur, si hoc nostro casu rei, quae tibi vendenda data est, pretium mutuum acceperis, dubium non est, certae creditae pecuniae fore condictionem [7]). Jam vero *rem datam non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam;* — fortasse enim pretium rei venditae statim sine culpa tua perdidisti; — quaeritur, qua actione mihi tenearis? Possit aliquis dicere, rem sic intra mandati fines constitisse; ergo mandati agendum esse: vidimus autem, ab initio non hoc esse actum, ut mandatum contraheretur. Quare Labeo ait, *tutius esse, ita agere praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

Quaeritur: quid veniat in hanc actionem, quae pari modo a mandati et certae creditae pecuniae actione recedens, nihilominus tamen ab utraque aliquid sibi sumere necesse habeat, cum ipsum negotium ab utroque contractu sibi aliquid sumsisse videatur? Considerandum est, quo res gesta magis inclinet: mandatum solius mandantis utilitatem spectat, res credita ejus, qui mutuam pecuniam accipit. Quare sicut Ulpiano, mihi quoque Nervae distinctio verissima videtur, qui, aliquando de casu, huic nostro prorsus aequali, interroga-

5) fr. 34. pr. mand.
6) fr. 11. fr. 15. d. R. C.
7) fr. 9. §. 9. d. R. C.

tus, — quid de periculo statuendum sit, si lancem vel massam auri, quam tibi dederim, ut eam venderes et nummis ultereris, sine culpa tua perdideris, priusquam venderes? — multum interesse existimavit, venalem habui hanc lancem vel massam, necne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quodsi non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec fuit causa vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime, si sine usuris credidi [8]). Quis enim non videt, totius hujus distinctionis eam esse causam, quod illic mandati, hic mutui dationis indoles praevalet, adeo quidem, ut ipse Africanus, qui pecuniam creditam sic fieri posse negat, pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, censeat, qui argentum accepisset [9]).

Quanti enim momenti fuerit in omnibus his casibus, quibus non statim de negotii contracti natura constaret, animum eo attendere, quid actum esset inter partes, id ex celeberrimo quodam Africani loco [10]) intelligere licet. Africano enim talis casus dijudicandus propositus est:

„Titius Sempronio triginta dedit, pactique „sunt, ut ex reditu ejus pecuniae tributum, quod „Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, „computatis usuris semissibus, quantoque minus „tributorum nomine praestitum foret, quam earum „usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, „quod amplius praestitum esset, id ex sorte dece-

8) fr. 11. d. R. C. Secundum haec interpretandum videtur fr. 4. eod.

9) fr. 34. pr. mand.

10) fr. 24. d. pr. verb. (Afric. lib. VIII. Quaestionum).

„deret, aut, si et sortem, et usuras summa tribu„torum excessisset, id, quod amplius esset, Titius „Sempronio praestaret; neque de ea re ulla sti„pulatio interposita est. Titius consulebat: id quod „amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam „tributorum nomine praestitisset, qua actione ab „eo consequi posset?

Quae quidem quaestio sic tantum dirimi poterat, ut antea de negotii contracti natura constaret. Data erat Sempronio pecunia: quem ad finem? hac de re nihil traditur: id tamen constare videtur, pecuniae dominium ad eum translatum fuisse. Quare dicendum sit, mutui dationem contractam esse. Multa tamen obstare videntur, quo minus hanc sententiam sequamur: primum omnium enim animadvertendum est, Titium semisses usuras sibi pactum esse: pecuniae autem creditae usurae, nisi in stipulationem deductae, non debentur. In hac autem usurarum computatione longe maxima pars negotii contracti versatur; — quippe plurima de usurarum solutione praeceperant, — pacti enim erant, ut ex reditu ejus pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, quae quidem conventio licet, per se spectata, ad mandati naturam videatur accedere, nihilominus tamen pacti adjecti instar habenda est: pacta autem, etsi in continenti adjecta, stricti juris negotiis ex parte actoris non insunt, si addunt aliquid obligationi [11]). Quare simul ac, pecuniam creditam fuisse, dicamus, totum fere negotium collabitur. Jam vero cum in stipulationibus, tum in ceteris negotiis omnibus, quoties ambigua oratio est,

11) Noodt, de pact. et transact. c. XII.

commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit [11]). Aliud igitur negotium contractum fuisse, dicendum est. Quod quale fuerit, ex iis, quae Africanus in sequentibus de negotii contracti natura obiter monet, videtur erui posse. Africanus enim „*ne ipsius quidem sor*„*tis petitionem pecuniae creditae fuisse*, dicit, *quan*„*do*, *si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo* „*vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, ni*„*hil eum eo nomine praestare debuisse.*“ Hinc autem apparet, nullum aliud negotium fuisse contractum, quam cujus Ulpianus [12]) aliquando mentionem facit: mandatum scilicet a Sempronio susceptum esse, ut pecunias collocaret. Sic enim non solum explicari potest, cur ad Titium pecuniae datae periculum spectet, sed etiam cetera omnia, quae de negotii contracti natura traduntur, sic facilem exitum habent: Sempronio mandatum erat, ut pecuniam collocaret; quare pecuniae dominus factus est; ita tamen collocare debebat, ut semisses duntaxat usuras inde perciperet. Tenebatur autem mandati judicio, non solum ut sortem aliquando restitueret, vel actionibus sibi ad hoc competentibus cederet [13]), sed etiam ut usuras exactas solveret. Jam vero mandatum per pacti adjectionem ita constitutum erat, ut ex reditu ejus pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, et, cum semisses usuras Titius sibi excepisset, quanto minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usu-

11) fr. 80. d. V. O.

12) fr. 43. mand.

13) fr. 43. mand. fr. 8. §. 10. eod.

rarum quantitas esset, ut id Titio restitueret. Si quid vero Sempronius amplius praestitisset, quam ex usuris percepisset, id, si de suo expendisset, haud dubie mandati contrario judicio recuperare poterat. Quare res ita statim constituta est, ut, quod amplius praestitum esset, quam earum usurarum quantitas esset, id de sorte decederet, et tum demum, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id, quod amplius esset, Titius Sempronio praestaret. Haec omnia cum mandati fines minime excedant, Africanus quoque, *in proposito videndum esse*, censet, *ne non tam foenerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum.* Attamen alia quaedam dubitatio animum ejus incurrit: mandatum, nisi gratuitum, nullum est [14]): jam vero, cum Titius semisses usuras sibi excepisset, fieri poterat, ut Sempronius vel centesimas usuras inde redigeret, et sic lucrum ex negotio contracto sentiret. Quare *tutius* esse, censet Africanus, praescriptis verbis in factum actionem dari. Hanc autem actionem proxime ad mandati judicium accedere, secundum ea, quae de negotii contracti indole proposita sunt, minime dubitari potest. Quamvis enim saepius dictum inveniamus, cum mandatum, nisi gratuitum, nullum sit, interveniente pecunia rem ad locationem et conductionem potius respicere [15]), hoc tamen cum grano salis intelligendum videtur. Quodsi enim tale est factum, quod locari neque possit neque soleat, nec id actum est inter partes, ut mercedis loco pro opera [16]) pecunia constitua-

14) fr. 1. §. 4. mand.

15) fr. 1. §. 4. mand. §. ult. I. eod.

16) fr. 2. locat.

tur: praescriptis verbis actionem dari, constat, ita tamen, ut totum negotium non secundum locationis et conductionis, sed secundum mandati regulas dijudicetur [17]), cui soli ea, quae acta sunt, respondeant: id quod ex hoc nostro loco pro certo affirmari posse videtur [18]).

## §. 18.

At vero alio quoque modo accidere poterat, ut tutius videretur, praescriptis verbis potius dari actionem: vidimus, cuivis contractui ex nominatorum numero specialem suam, et certis finibus circumscriptam esse figuram: qui fines, etsi vitae communis usu saepius aliquantulum laxati, nunquam tamen ita amplificati sunt, ut in arbitrio paciscentium positum fuerit, quatenus vel intra fines illos sese continere, vel eos egredi vellent [1]). Attamen contractuum istorum natura cum non una simul sanctione certis et definitis finibus circumscripta esset, sed temporis progressu, fori disputatione secundum usus necessitatem cum conformaretur, tum paulatim hic illic amplificaretur, fieri non potuit, ut quovis casu primo statim aspectu discerneretur, an negotium aliquod intra modum

---

17) fr. 5. §. 2. i. f. §. 4. §. 5. d. pr. verb.

18) Casus horum similes proponuntur: fr. 18. d. pr. verb. fr. 19. §. 1. eod., quorum priore neque mandatum, neque depositum proprie contractum videbatur, neque vero etiam depositi sequestraria actio competebat; quorum altero mandatum quidem contractum esse videri poterat, nisi officio et amicitiae contrarium habendum esset, fidejussorem accipere, quem sibi praestari, actor intentione sua consequi volebat.

1) fr. 24.; fr. 25. §. 1.; fr. 26. §. 1. deposit. fr. 31. locat. Glück ad hos locos, Tom. XV. §. 940.

et fines certi cujusdam contractus sese continuisset, an notissimos ejus terminos excessisset: quare tali rerum conditione tutius agebat, qui praescriptis verbis in factum ageret.

Duplici autem modo dubitatio illa oriri poterat: etenim negotium contractum vel statim ab initio tale erat, de cujus natura non satis constaret, vel etiam ab initio quidem id actum fuerat, ut certum aliquod negotium, jure civili comprobatum, contraheretur, per pacti adjectionem autem negotii illius indoles adeo ambigua facta est, ut dubitari posset, an vulgaris actio ex contractu competens, sufficeret ei, quod actum erat. Neque vero dubitari poterit, his casibus omnibus praescriptis verbis actionem proxime ad ejus actionis naturam accedere, cujus locum tenere videatur. Minime desunt enim exempla, quibus id, quod ita veluti posui, probari possit. Quod attinet enim ad illos casus, quos priore loco posui, statim occurrit quaestio, ab ICtis Romanis tractata, cujus mentionem facit Ulpianus, fr. 17. pr. d. pr. verb. [2]): Labeo adhuc, inter commodatum et utendum datum, tantum interesse, dicit, quantum inter genus et speciem, commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli: postea tamen Cassii opinio obtinuit, proprie commodatam rem dici, et quae soli sit. Vivianus amplius, etiam habitationem [3]) commodari posse conten-

2) Ulp. libro XXVIII. ad Edictum. „Si gratuitam tibi habi„tationem dedero, an commodati agere possim? Et Vi„vianus ait: posse. Sed est tutius, praescriptis verbis agere."

3) Quoad quaestiones, de habitationis significatione ab interpretibus motas, conferendus est Glück, T. XIII. §. 857.

dit [4]). Id tamen Ulpiano audacius dictum videtur; quare, tutius esse, censet, praescriptis verbis dari actionem.

Cum hac autem quaestione alia quaedam arctissime cohaeret. Cum commodatum olim non nisi in mobilibus rebus locum haberet, id quod modo vidimus, precarii contra ea olim conditio videtur fuisse, ut nisi in rebus immobilibus precarii rogatio non consisteret [5]). Postea autem commodatum ad res immobiles, precarii rogatio ad res mobiles protracta est: cum praeterea precarii natura, quae ab initio fuisse videtur, in desuetudinem abiisset, ut vel memoria ejus prope exolevisset, nihil fere precarium a commodato distare videbatur [6]). Quare idem Paulus, qui, *libro XIII ad Sabinum*, interdictum de precario merito introductum esse, censet, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset, in *Sententiarum receptarum* libris [7]), et civilem actionem hujus rei, sicut commodati competere, docet. Hanc autem actionem praescriptis verbis esse, tum a Juliano [8]), qui quidem eam incerti condictionem vocat, tum ab Ulpiano [9]) traditur, qui quidem cum Paulo in eo consentit, tum commodati simile esse precarium [10]), tum vero etiam ex bona fide hanc actionem oriri [11]), eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debeat [12]). Sic

4) fr. 1. §. 1. commod.

5) fr. 4. pr. d. precario, (Ulp. libro LXXI. ad Edictum). „In „rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit."

6) Cfr. fr. 1. pr. d. precar.

7) Paul V, 6. §. 10.

8) fr. 19. §. 2. d. precar.

9) fr. 2. §. 2. eod.

10) fr. 1. pr. §. 3. eod.

11) fr. 2. §. 2. cit.

12) Paul. V, 6. §. 10.

autem factum videtur, ut id, quod ab initio magis ad donationem et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectare videretur [13]), jam in contractus [14]) vel negotii naturam abiisse videatur, certe ex laudatorum ICtorum sententia.

Neque tamen hoc sine omni moderamine dicendum sit: precarium enim quam saepissime ita constituitur, ut de restituenda re nihil omnino conveniat: sufficit enim, ut, qui precario concedit, sic det, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit [15]), precarium solvere; et precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam, vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet [16]). Jam vero vidimus praescriptis verbis actionem non aliter locum habere, nisi ubi conventio aliqua subsit [17]): rursus, cum quis de re sibi restituenda cautum habeat, precarium interdictum ei non competere, Pomponius tradit [18]). Qui licet fortasse de stipulatione sola hoc loco cogitaverit, Papinianus [19]) tamen nos docuit, tametsi quod inter partes ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur; quae quidem Papiniani sententia plurimis aliis locis confirmatur [20]). Quare persuasum habeo, me non a recto abhorrere, si, praescriptis

---

13) fr. 14. d. precar.    14) fr. 23. d. R. J. (Ulp.)
15) fr. 1. §. 2. d. precar.    16) Paul. V, 6. §. 11.
17) Supra §. 15. p. 68 sqq.    18) fr. 15. §. 3. d. precar.
19) fr. 8. d. pr. verb.    20) Cfr. supra §. 15. p. 69.

verbis actionem hoc casu tum tantum datam esse, censeam, cum aliquid de re restituenda cautum fuisset. Sic enim non solum simplicissima ratione omnes disceptationes dissolvuntur, quae inter ICtos hac de re exortae sunt: — precarium contractibus annumerandum sit, nec ne? — sed etiam id consequimur, ut nihil inesse videatur his locis, quod praescriptis verbis actionis indoli, qualem supra exposuimus, minus conveniat [21]).

21) Ceterum de precarii natura conferendus est Savigny, das Recht d. Besitzes §. 42. Praeterea hic locus non incommodus videtur, quo nonnulla de fr. 19. §. 2. d. precar. sententia tradantur, quod plurimum dubitationis movit interpretibus. Cujus loci difficultas nullo modo superari posse videtur, si incerti condictionis formulam ita conceptam fuisse dicamus: *si paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare oportere*, quidquid de hujus loci sententia conscripserunt Hugo (Civil. Mag. Bd. I. p. 197. not. 7.; p. 206. not. 13.) et Mühlenbr. (Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 60 sqq. p. 71.). Nescio tamen, an magis sequenda sit eorum sententia, qui incerti condictionis tum usum, tum nomen et formulam latius patere dicant. (Rubo, üb. d. Theilbarkeit d. Obl. p. 52. not. **). Bethmann-Hollweg, Versuche p. 38. not. 85. p. 40. not. 87. 90. Keller, üb. L. C. u. Urth. p. 252 sqq. Zimmern, Röm. Civ.Proc. §. 62. not. 5. 6. 14.). Disertis enim verbis Gajus (IV, 131.), formulae, qua incertum petamus, intentionem his verbis conceptam esse, tradit: *Quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet:* cui loco minime opponi poterit Gaj. IV, 53 i. f. („itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet") junctis fr. 5. §. 8. d. V. O. et fr. 56. §. 6. eod. Vide enim Bethmann-Hollweg c. l. p. 38. not. 85. Praeterea admodum dubium esse, supra (§. 16. not. 4.) vidimus, an intentio formulae praescriptis verbis actionis ita concipi potuerit: *Si paret —— dare*

Eadem autem ratio, quae fr. 17. pr. d. pr. verb. Ulpianum permovit, ut tutius duceret, praescriptis verbis dari actionem, effecit, ut fr. 5. §. 4. eod. Paulus idem censeret, cum quaerebatur, num forte mandati actio locum habere posset? Qui locus cum plurimis difficultatibus laboret, dignus videtur, quem paulo accuratius inspiciamus: ipsius loci verba haec sunt:

---

*oportere.* Quibus omnibus permotus, posteriori huic sententiae adstipulandum putavi. Quam si tuemur, difficultas illa e medio tolli videtur. Sic etenim non amplius obstat §. 14. I. d. act., qui potissimum omnium illarum spinarum auctor fuit. Minime tamen me praeterit, haec omnia longiore expositione egere. — Alia tamen difficultas eo movetur, quod Ulpianus (fr. 2. §. 2. d. precar.) hanc actionem ex bona fide oriri dicit, cum hoc ab incerti condictionis, quae hoc loco datur, indole alienum videatur. Duplice tamen modo eam difficultatem effugere possumus. Primum omnium enim ex Ulpiani verbis „quae ex bona fide oritur", minime necessitate quadam sequitur, hanc actionem bonae fidei actionibus annumerari. Sic etenim indebiti condictio „ex bono et aequo" introducta dicitur (fr. 66. fr. 65. §. 4. d. cond. ind.), nihilominus tamen inter bonae fidei judicia non habetur. Dein vero etiam haec rei ratio institui potest, ut, Julianum nihil ad commodati similitudinem respexisse, sed propterea tantum incerti condictionem praescriptis verbis dedisse, dicamus, quod rei precario concessae possessio ea lege tradita fuerit, ut quandoque restitueretur, secundum communem illam regulam, a Papiniano propositam (fr. 8. i. f. d. pr. verb.): quae sententia videtur sequenda, cum verissimum sit, quod vir summus, Hugo, alicubi (Civ. Mag. I. Bd. p. 197.) notavit: commodati actionem nusquam condictionem vocari; ut hic casus ad eorum numerum referendus sit, qui hujus capitis tertia sectione recensebuntur. Cfr. etiam Mühlenbr. cit. loc. p. 71.

„Sed si facio, ut facias, haec species tractatus „plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a „meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Ro„mae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, „et ego aedificavi, tu cessas, in priore specie „mandatum quodammodo intervenisse videtur, si„ne quo exigi pecunia alieno nomine non potest. „Quamvis enim et impendia sequantur, tamen mu„tuum officium praestamus, et potest mandatum „ex pacto etiam naturam suam excedere: — pos„sum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi „praestes, et non plus impendas in exigendo, quam „decem: — et, si eandem quantitatem impendere„mus, nulla dubitatio est; sin autem *aliter fece„ris* [22]), ut et hîc mandatum intervenisse videa„tur, quasi refundamus invicem impensas: neque „enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et „in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, „praescriptis verbis dari actionem. Quae actio „similis erit mandati actioni, sicut in superioribus „casibus locationi et emtioni."

Duas autem species hic locus continet, in quarum priore mandatum quodammodo intervenisse videtur: de qua sola ICtus latius disserit [23]): quaestio proposita autem ea est, qua actione experiundum sit, si alter id, quod convenit, fecerit, alter facere cesset? Et si quidem mandatum pro-

---

22) Sic cum Vulgata legendum existimo; Florentina habet: „alter fecit." Cur Vulgatam sequendam censeam, infra disputabitur.

23) Altera enim magis ad locationem et conductionem operarum spectare videtur, et fere similem causam continet, quam fr. 17. §. 3.; fr. 25. d. pr. verb.

prio contractum fuerit, nulla dubitatio est, quin mandati agendum sit. Non desunt tamen rationes, quibus in dubium vocari possit, utrum re vera mandatum contractum sit. Quo primum omnium pertinet, quod utrumque impendia sequuntur, et id actum est, ut impendia facta non restituantur [24]). Quamvis enim mandatum gratuitum esse debeat, ita tamen ejus natura comparata est, ut impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sint, omnimodo restitui debeant [25]). Potest tamen mandatum ex pacto suam naturam excedere; sic enim possum tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes [26]), et non plus impendas in exigendo, quam decem [27]). Quare, — cum hoc casu mutuum officium praestemus, ut quodammodo compensatio fieri videatur eorum, quae alter alteri ex hoc mandato praestare debeat, — si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, rem intra mandati fines constitisse: sin autem aliter feceris [28]), ut et hic mandatum intervenisse

24) Consentit Cujac. ad hunc locum, Quaest. Pauli lib. V. Ed. Fabrot. Tom. II. p. 1074.

25) fr. 27. §. 4. mand. fr. 10. §. 9.; fr. 12. §. 9.; fr. 56. §. 4. eod. c. 1. c. 4. C. eod.

26) fr. 39. mand. Cfr. Mühlenbr. doctr. §. 362. not. 13.

27) fr. 5. eod.

28) Ex his apparet, fere necessarium esse, rejecta Florentina lectione, Vulgatam sequi, nam sic solum antithesis inest, quam inesse oportere, ex dicendi formula „sin autem" satis superque apparet: praeterea nonnisi casus secundus „feceris" non solum antecedentibus: „Nam si pacti sumus, ut tu — — exigas", sed etiam sequentibus „neque enim de re tua tibi mando" optime respondet. Denique sic tantum totus hic locus idoneum sensum praebet, quem Glück (T.

videatur, rem ita instituemus, ut quasi refundamus invicem impensas: nam cum neuter nostrum ex hoc mandato damnum pati debeat, neque de tua, sed de mea re tibi mandaverim, mandati naturae autem congruum sit, ut sumtus in meam utilitatem factos tibi restituam, sic tantum mandati forma servari potest: nam sic tantum tu indemnis servaris [29]).

Sed cum hoc quoque modo res neutiquam omni difficultate careat, tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem. Quae actio similis erit mandati actioni, sicut in superioribus casibus locationi et emtioni. Quid igitur veniet in hoc judicium? Cum res secundum mandati regulas dijudicanda sit, in mandato autem is, qui fecit, quod alter ipsum facere jussit, mandati contraria actione proxime id consequatur, quod forte ratione mandati sibi absit [30]), praesente casu autem hoc actum fuisset inter partes, ut alter, pecuniam, sicuti convenerat, exigendo, quod impensarum nomine alteri abesset, pensaret: actor praescriptis verbis actione, quae ad exemplum actionis mandati contrariae hoc casu datur, id consequetur, quod forte impensarum nomine in debitoribus exigendis erogavit. Hanc enim rei propositae esse rationem, ex iis erui potest, quae de illo casu, qui toti huic loco originem dedit [31]), iisque, quae modo disse-

XVIII. p. 86.), qui Florentinam sequitur, magis implicuisse, quam explicuisse videtur.

29) fr. 20. pr. mand. 30) fr. 26. §. 2. mand.

31) fr. 5. pr. §. 5. d. pr. verb. (Paulus libro V Quaestionum). „Naturalis meus filius servit tibi, et tuus mihi; convenit

ruimus, apprime convenit, Paulus notat, „*ejus fieri condemnationem, quanti intersit mea, servum habere, quem manumiserim*". Nulla enim alia ratione explicari possit, cur non hîc, sicut in permutatione mihi condemneris, *quanti intersit mea, illud, de quo convenit, factum esse* [32]). Sic autem hujus loci interpretatio, et sententia a Paulo prolata omni difficultate caret.

His traditis ad alterum casuum genus, supra memoratum, transire licet, quibus certi alicujus negotii natura per pacti adjectionem adeo turbata est, ut dubitari possit, an res intra contractus modum et fines constiterit. Quo ii tantummodo casus referendi videntur, quibus per pactum adjectum emtio contracta resolvitur. — Duae autem hac de re ICtorum Romanorum videntur sententiae exstitisse, altera Labeonis et Proculi [33]), altera Sabini. Cujus posterioris sententia, quam Pomponius et Ulpianus inprimis defendunt, haec est: Cum in bonae fidei judiciis nihil magis bonae

„inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; „ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi teneaaris? quaesitum est. — — — — §. 5. Si ergo haec sunt, „ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quae„stione idem dici potest, et necessario sequitur, *ut ejus fiat „condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem „manumisi.* An deducendum erit, quod libertum habeo? „Sed hoc non potest aestimari." —

32) Quae quidem difficultas Cujacium, c. l., permovit, ut i. f. fr. 5. §. 5. d. pr. verb. supplendum putaret: „vel quanti „interest mea, filium meum naturalem a te manumitti", arg. fr. 7. eod. Attamen casus ibi propositus aliquatenus diversus est, ut infra apparebit.

33) fr. 50. d. C. E. fr. 12. d. pr. verb.

fidei congruat, quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit [34]), et praesertim in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum, sequendum sit [35]), actionem ex emto, vel vendito etiam ad distrahendam emtionem utilem fore. Cum enim per legem emtioni dictam, veluti per legem commissoriam, contractus dissolvatur, apparere, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset, non, ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur [36]). Contraria est Labeonis hac de re sententia, qui praescriptis verbis agendum esse, censuit, ubicunque sub conditione, per pactum contractui adjecta, emtio resolvitur.

Et quod attinet ad legem commissoriam, hanc quaestionem jam decisam esse, Ulpianus [37]) tradit, ut rescriptis Imperatoris Severi et divi Antonini [38]) declaretur: quare fundi venditorem tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint, item si deterior fundus effectus sit facto emtoris, ex vendito acturum. Quod autem ad cetera pacta pertinet, quibus emtio resolvitur, haec quaestio in ambiguo relicta est, ut de his tam ex vendito, quam praescriptis verbis agi posse, censendum sit. Et si quidem res ex pacto retrovendenda sit, ex rescripto Imp. Alexandri, utramque actionem competere, constat [39]), cum Proculus [40]) adhuc, in factum judicium solum reddendum esse, existima-

34) fr. 11. §. 1. d. A. E. (Ulp.)

35) fr. 6. §. 1. d. C. E. (Pompon.)

36) fr. 6. §. 1. cit.

37) fr. 4. pr. d. leg. commissor.

38) Quo nescio an referenda sit c. 1. C. d. pact. int. emt.

39) c. 2. C. d. pact. int. emt.

40) fr. 12. d. pr. verb.

ret. — Sed si convenit, ut res, quae veniit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti actioni in factum datur, quam quidem sententiam Paulus sequi videtur [41]). Similis quaestio fr. 50. d. C. E. ab Ulpiano tractatur, de qua statim latius agam.

Nunc etenim id quaerendum videtur, qualis praescriptis verbis actionis vis et potestas fuerit ex eorum ICtorum sententia, qui, his casibus hac potissimum actione agendum esse, censerent: utrum scilicet eam actionem ad solum pactum adjectum pertinere existimarent, an ad totum negotium contractum, ut ex eorum sententia non tam emtio proprie contracta sit, quam novum aliquod negotium contractus? quod quidem posterius omnino dicendum esse, puto. Cum enim apud Labeonem et Proculum non minus, quam apud ceteros constaret, pacta conventa inesse bonae fidei negotiis, et ipsam actionem formare [42]): cur non, haec quoque pacta, quae emtionem resolvunt, contractui inesse, censebant, si non, totius negotii indolem per hujusmodi pacta adeo turbatam esse, existimabant, ut, actionem vulgarem, ex contractu oriundam, non amplius sufficere, crederent? Si quis autem dicat, quoad ea, quae naturaliter insint hujus judicii potestate, actionem ex vendito oriundam competere, quoad ea, quae praeter hanc propriam contractus naturam pacto contineantur, praescriptis verbis actionem: is eo adductus videtur, ut, ex pacto nudo actionem competere, dicat, quippe quod praeter contractum sua vi et potestate consistere

41) fr. 6. d. resc. vend. 42) fr. 7. §. 5. d. pact.

censeat. Possit tamen dicere, pactum nudum intervenisse non videri, quia haud dubie res tradita initium obligationi praebuerit: jam vero hoc mihi arripio, et in meum usum converto: licet enim emtio ita proprie contracta non sit, nihilominus tamen hoc, quod actum est, ex Labeonis et Proculi sententia propterea negotium aliquod in se habere, dico, quod certa lege aliquid datum esse, constet [43]). Praescriptis verbis actionem denique, quae ex hoc negotio competit, proximam emti actioni dari, Paulus testatur [44]). Quid vero haec actio emti judicium imitaretur, si verum esset, quod dicunt, eam ex solo illo pacto, quod praeter contractum sua vi et potestate consistat, neque quidquam ad ipsum contractum respiciat, nasci, et ad hoc solum pertinere? Constat insuper ex fr. 50. d. C. E. [45]), ex Labeonis sententia praescriptis verbis actionem his casibus non solum, ut emtio resolvatur, competere, sed etiam ut contractus servetur: Vendidi tibi bibliothecam, hoc pacto, ut emtionem contractam resolvere liceat, si Decuriones Campani locum, in quo eam poneres, tibi vendere nollent. In arbitrio tuo minime positum est, fundum emere velis, nec ne; in vendentis enim, vel ementis voluntate collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate

43) Arg. fr. 8. i. f. d. pr. verb. 44) fr. 6. d. resc. vend.

45) Ulpianus, libro XI. ad Edictum. „Labeo scribit: si mihi „bibliothecam ita vendideris, si Decuriones Campani locum „mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, „quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitan„dum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego, etiam ex „vendito agi posse, puto, quasi impleta conditione, cum per „emtorem stet, quo minus impleatur."

contrahentes, obligatio nulla est [46]): quapropter fundum comparare necesse habes, neque ab emtione recedere poteris, nisi si Decuriones fundum vendere nolint. Jam vero per te factum est, quo minus id a Campanis impetres: posse me recedere a venditione, si mea quoque causa haec conditio adjecta sit, non dubitatur: id tantum quaeritur, utrum in id agere possim, quanti mea interest, contractus legem servatam esse, et qua actione? Labeo, praescriptis verbis agi posse, non esse dubitandum, scribit; cum enim emtio sub conditione resolvi posset, negotii contracti natura Labeoni non ea videbatur, quae actionem ex vendito pateretur; Ulpianus, etiam ex vendito agi posse, censet: est enim notissima regula juris, nihilominus obligari, quicunque, sub conditione obligatus, curaverit, ne conditio existat [47]): quare me hoc casu ex vendito agere posse, quasi impleta conditione, Ulpianus censet, cum per emtorem stet, quo minus impleatur [48]).

46) c. 13. C. d. C. E. Cfr. etiam fr. 8. d. O. et A. fr. 17. fr. 46. §. 3. d. V. O.

47) fr. 87. §. 5. d. V. O.

48) Labeonem hoc casu, praescriptis verbis actionem dando, non de resolvendo contractu cogitasse, hinc effici potest, quod iisdem rationibus utitur, quibus permotus Ulpianus ex vendito actionem concedit: namque, praescriptis verbis actionem competere, docet, *cum per te stet, quo minus id a Campanis impetres.* Conditio ista autem tua potissimum causa adjecta erat. Quare sic tantum ratiocinatio illa Labeonis idoneum sensum praebet, si, eum de resolvendo contractu minime cogitasse, dicamus.

## §. 19.

Ad hoc autem casuum genus proxime illae causae accedunt, quibus propterea tutius est, praescriptis verbis agi, quod certum aliquod negotium nondum ad perfectionem pervenit, utique autem, actum esse aliquid, dicendum est. Quod pluribus modis fieri posse videtur:

Uti emtio [1]), sic cetera quoque negotia sub conditione contrahi possunt: quapropter fieri potest, ut prout conditionis alicujus eventus fuerit, ejusdem rei aut venditio, aut locatio facta sit. Nam si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore XX. denarii mihi darentur, in eos veró singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille: quaeritur, utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahatur: et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emtionem et venditionem esse [2]). Et si quidem res ad finem perducitur, nulla amplius hac de re dubitatio oriri potest. Si tamen res non eo pervenit, ut discerni possit, utrum ex duobus negotiis contractum sit? hac de re quaeritur: sic apud Melam [3]): *si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces, an merces tantum?* Nulla autem hac de re dubitatio

1) fr. 4. I. d. emt. 2) Gaj. III. 145.
3) fr. 20. §. 1. d. pr. verb. (Ulp.).

oriri potest, si quidem emtio jam erat perfecta: utique enim emtoris periculum erat [4]); quare pretium mularum actione ex vendito recte petetur. Si vero nondum perfecta erat emtio, venditoris periculum erat: et cum, jam mercedem petendam esse, nobis dicatur, res in locationem et conductionem translata videri possit, ut locati actione merces petenda sit. Nihilominus Ulpianus, praescriptis verbis agendum esse, censet. Et merito: negotium contractum enim ab initio tale fuerat, ut ex arbitrio ejus, qui mulas accepisset, penderet, utrum emtio, an locatio mularum futura esset. Mulabus autem a grassatoribus ablatis, res sine ullo voluntatis indicio eo perducta est, ut locatio contracta videatur, et merces petenda sit, alternatione illa ademta, quam habuerat, cui mulae traditae erant. Quare tutius est, praescriptis verbis dari actionem proximam locati, ut et dolum et culpam praestare mihi debeas [5]).

Cum modo viderimus, praescriptis verbis actionem datam esse, quod res non eo pervenisset, ut probe dijudicari posset, qua actione experiundum esset, nihil mirari nos oportet, si pari modo, praescriptis verbis agendum esse, dicitur, ubi unus tantum contractus versatur, qui tamen, priusquam perficeretur, defecit, ut audacius videatur, actione ex hoc contractu oriunda obligationes persequi, quae forte in contrahendo negotio natae sint. Tales autem obligationes haud dubie nascebantur, si alteri futurae obligationis contemplatione aliquid traditum erat, quod negotio deficiente reddendum esset. Tale quid autem saepissime accidit in emtio-

4) fr. 8. pr. pericul.    5) fr. 17. §. 2. d. pr. verb.

nibus et venditionibus contrahendis: quare juris nostri auctores hujusmodi exempla sola nobis proposuere. Sic enim apud Labeonem [6]) quaeritur: *si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris, et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio?* Et Labeo putat, verius esse, praescriptis verbis agendum, „*nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non, ut etiam certares.*" Quaeritur: quid hoc loco in judicium deducendum sit? num forte pretium equorum consecuturus sum? Quod videtur negandum; nam si hoc fieri posset, etiam ex vendito actio competeret. Num forte agam, ut emas? Hoc certe a me alienum est. At vero damnum ex experimento contigit. Hoc verius esse puto: quaeritur tantum, quid mea intersit, quod inter nos hoc actum est, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares? Haec quaestio non aliter dirimi poterit, quam si antea exploraverimus, quid de damno resarciendo hic statuendum sit. Apparet autem tum ex fr. 20. §. 2. d. pr. verb., tum ex fr. 17. §. 4. eod. [7]), hoc casu tam dolum, quam culpam te mihi praestare debere: et in hoc, quod dolo vel culpa a te admissum sit, praescriptis verbis actionem mihi competere, periculum te mihi minime praestaturum: jam vero cum tu desultor in his equis cucurreris, quorum gratuitum experimentum equidem tibi concesseram, dolose egisti, furtum usus committendo: quare

6) fr. 20. pr. d. pr. verb. (Ulp.).

7) quae cum ambo eundem hunc casum contineant, sufficit, ea hoc loco commemorasse. Cfr. etiam fr. 17. §. 2. eod.

omnes casus praestare debes, qui praeterea non accidissent, et quam maxime augetur obligatio tua [8]).

Potest autem alio quoque modo accidere, ut id, quod actum est, non consummetur, nihilominus tamen, aliquid negotii gestum esse, dicendum sit: si quidem negotium non tam propter mutatam personarum voluntatem dissolvitur, sed alius quidam defectus, ab initio parum provisus, intervenit. Nam si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, Labeo [9]) ait, quia non libera voluntate exsequatur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili. Erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem. Sic Paulus. At vero Celsus filius ajebat [10]): si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo, vel praescriptis verbis me agere posse: quam posteriorem actionem fortasse propterea commemoravit, quod alii magis anxii dubitarent, an re vera mandatum intervenisset. Idem ergo in commodato dicendum fore, Pomponius censet; — si quidem libero homini, qui nobis bona fide serviebat, quasi servo rem commodavimus; — nec obstare, quod non hac mente cum eo contraheremus, quasi eum obligatum habituri; saepe enim contingere, ut aliud agere volentes, aliud agamus: *„plerumque „enim accidere, ut extra id, quod agatur, tacita ob- „ligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum*

8) Arg. fr. 18. pr. commod.

9) fr. 19. §. 2. d. negot. gest. (Paul.).

10) fr. 13. §. ult. commod. (Pompon.).

*solvendi causa detur:*" quare multo magis hîc, ubi uterque, si non alterum certo quodam modo sibi obligandi, attamen negotii alicujus gerendi animum habebat, tam commodati, quam praescriptis verbis agi posse [11]).

Diversus est casus, fr. 9. §. 3. d. dol. [12]) propositus: Titius tibi de oleo tuo controversiam movit, suum esse contendens; tu, ut controversiae finem faceres, hoc oleum apud Sejum deposuisti, ut venderet, et pretium servaret, donec inter vos dijudicaretur, cujus oleum esset. Sic factum est, ut, quod ab initio depositum videretur, mox mandati naturam indueret [13]), neque tamen hîc subsisteret, sed in sequestrum abiret. Jam vero Titius judicium accipere detrectat. Quaeritur: qua actione consequi possis, quod tua interest? Et Labeo quidem, de dolo adversus Titium agendum esse, censuit, quoniam neque mandati, neque sequestraria actione Sejum convenire possis, nondum impleta conditione depositionis: neque enim inter vos dijudicatum est, cujus oleum esset. Sed Pomponius, posse cum sequestro praescriptis verbis agi, censet, ut pretium, quod ex oleo redegerit, reddat. Et merito: cum enim, Titio judicium accipere detrectante, ea ratio prorsus defecisset, propter quam id, quod ab initio depositum esset, in sequestri naturam abiret, rem gestam ad depositi naturam rediisse, censendum est. Sequestro enim

11) Sic recte postremorum hujus loci verborum sensum excepisse mihi videor: aliter dicendum foret, tam mandati et commodati, quam praescriptis verbis actionem hoc loco non ex contractu, sed quasi ex contractu dari: quod tamen a communi ratione longissime abhorret.

12) Ulp. libro XI. ad Edict. 13) fr. 1. §. 12. depos.

semper depositum inest; et utique in negotio gesto haec inerat conventio, ut aliquando pecunia redderetur. Cum autem res intra depositi fines non constiterit, nunc non tam depositi, quam praescriptis verbis actione proxima depositi agendum videtur. Sin vero sequester solvendo non sit, hoc demum casu cum Titio de dolo agendum esse, Pomponius censet: unde ea egregie firmantur, quae nos supra [14]) de ratione, quae inter actionem praescriptis verbis, et de dolo actionem intercedat, tradidimus.

---

## SECTIO II.

Qua ii casus recensentur, quibus, etsi certum sit, vulgarem actionem nullam competere, similitudo quaedam cum contractibus ex nominatorum genere intercedit.

### §. 20.

His traditis, ad alterum casuum genus, ex quibus praescriptis verbis actio datur, transire licet: quo ii omnes casus pertinent, quibus, etsi certum sit, actionem aliquam vulgarem, ex contractu oriundam, non competere, nihilominus tamen similitudo quaedam cum iis contractibus inest, quibus propria, et certis finibus circumscripta actio parata erat. In quibus describendis cum juris nostri auctores eam rationem sequantur, ut singulos casus singulis contractibus, quibuscum similitudo aliqua versatur, utriusque contractus accurata descriptione facta, opponant, nescio an

---

14) §. 16. p. 82 sqq.

ego quoque recte facturus sim, eandem viam ingrediens: nam sic tantum fieri poterit, ut non solum intelligamus, quanta hujus similitudinis in his ipsis contractibus sit vis ac momentum, sed etiam in singulis causis exploratum habeamus, quid forte praeter ea, quae conventione expressa sint, naturaliter insit cujusque judicii potestate. Jam igitur singulos casus perlustremus secundum contractuum, quibuscum comparantur, ordinem:

Commodata res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta, vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum [1]). Jam vero cum unum bovem haberem, et vicinus unum, placuit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret: apud vicinum bos meus periit: commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum. Num locati agendum erit? Hoc quoque negandum est: locatio enim non contrahitur, nisi pecunia mercedis loco data [2]); at praescriptis verbis agendum erit? Hoc dicendum videtur. Quid veniet autem in hanc actionem? num forte locati similis datur? Dubito: neque enim ab initio partes id egerunt, ut locationem et conductionem contraherent, sed potius mutuum commodatum contrahere voluerunt: quapropter res, quae nunquam in locationem abierit, secundum commodati regulas moderanda videtur. Idem ergo dicendum erit, quod de alio quodam casu commodati simili valet. Nempe si cui rem

1) §. 2. I. quib. mod. re contr. obl.

2) fr. 5. §. 2. d. pr. verb. §. 2. I. d. locat.

inspiciendam dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestanda esse, Ulpianus [3]) dicit, periculum non: quae quidem iis, quae de commodato nobis traduntur, apprime conveniunt, etsi commodatum minime contrahatur, neque enim rem *utendam* [4]) dedi. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum praestandum esse, censet Ulpianus, *quia prope depositum hoc accedat*: qua tamen ratione, ab ipso allata, minime effici poterit, ipsum negotium depositi naturam induere: in deposito enim res custodienda traditur [5]); sed nihil aliud sibi vult Ulpianus, quam indicare, eandem illam rationem, quae efficiat, ut in deposito dolum solum praestemus, hoc nostro casu tum locum habere, tum idem efficere; nam sicut in deposito nulla utilitas versatur ejus, apud quem deponitur, sic etiam, quod nostro loco factum videmus, ejus solius utilitatem continet, qui rem inspiciendam dedit. Quapropter, quod Papinianus [6]) docet, "si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum esse, sed non exhibita fide in factum civilem subjici actionem", secundum haec, quae modo tradidimus, temperandum erit, ut pro rei qualitate vel dolus et culpa, vel dolus solus in hanc actionem veniat: periculum autem utique ejus est, qui rem tradidit [7]): quare, si sine dolo et culpa tua rem datam perdideris, non teneris.

3) fr. 17. §. 2. d. pr. verb. Cfr. fr. 5. commod. ex eodem libro XXVIII. Ulpiani ad Edict. depromtum.

4) fr. 1. §. 1. commod.

5) fr. 1. pr. deposit. §. 3. I. quib. mod. re contr. obl.

6) fr. 1. §. 2. d. pr. verb.

7) fr. 17. §. 4.; fr. 20. §. 2. d. pr. verb.

## §. 21.

„*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam,* „*emtio et venditio est, sin autem rem do, ut rem* „*accipiam, quia non placet, permutationem rerum* „*emtionem esse, dubium non est, nasci civilem ob-* „*ligationem* [1]). His Pauli verbis indicatur, quod et aliunde compertum habemus, controversum fuisse olim inter ICtos, annon permutatione rerum emtio et venditio contrahatur, eaque species emtionis et venditionis vetustissima sit. Quae quidem controversia cum Gaji temporibus nondum finita esset [2]), postea contra Sabinum et Cassium obtinuit Nervae et Proculi sententia existimantium, aliud esse permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem [3]): alioquin non posse rem expediri, permutatis rebus quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati; quapropter ne sic quidem emtionis et venditionis figuram et indolem sustineri posse. His praemissis facili negotio intelligi poterit locus Pauli difficillimus, fr. 1. d. rer. perm., quo discrimen exponit, quod inter permutationem, et emtionem venditionemque intercedat:

fr. 1. pr. d. rer. perm. (Paulus, *libr.* XXXII. *ad Edict*).

„Sicut aliud est vendere, aliud emere, ali- „us emtor, alius venditor, ita pretium aliud, „aliud merx. At in permutatione discerni non „potest, uter emtor, vel uter venditor sit, multum- „que differunt praestationes. Emtor enim, nisi

1) fr. 5. §. 1. d. pr. verb. 2) Gaj. III, 141.
3) §. 2. I. d. emt.

„nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito; „venditori sufficit, ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo; itaque „si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrinque pretium est, utriusque „rem fieri oportet; si merx neutrius; sed cum debeat et res et pretium esse, non potest inveniri, „quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio „patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis."

In permutatione, dicit, discerni non posse, uter emtor, uter venditor sit, multum autem differre praestationes. Nam sicut aliud sit emere, aliud vendere, ita pretium aliud esse, aliud mercem. Pretium enim utique in numerata pecunia consistere debere [4]), et emtorem, nisi nummos accipientis fecerit, ex vendito teneri: venditori sufficere, ob evictionem sese obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo. Maxima igitur differentia intercedit inter emtoris et venditoris obligationem. Jam vero initio statim monitum est, in permutatione discerni non posse, uter emtor, uter venditor sit; cui arctissime cohaeret, quod discerni non potest, quae res videatur venisse, quae pretii nomine data esse; pari modo denique discerni non poterit, uter ob evictionem sese obligare, uter rem alterius facere debeat. Quare rem ita temperandam videri posse, Paulus pergit, ut in permutatione, ubi alter rem dat, ut rem accipiat, si utrinque pretium sit, utriusque rem fieri oporteat, si merx neutrius. Attamen hoc ab em-

4) c. 7. d. rer. perm. „Emtionem rebus fieri non posse, pridem placuit."

tionis forma abhorret; nam in emtione ab altera parte res, ab altera pretium interveniat, oportet. Quare superest, ut quaeratur: nonne ita emtio salva esse possit, ut utraque res videatur venisse, et simul pretium esse emtionis? Quod rationem non pati, Paulus docet. Sic enim fieret, ut omnis differentia, quam inter emtorem et venditorem intercedere vidimus, tolleretur, et, cum sic uterque tam ex vendito, quam ex emto teneretur, omnia miscerentur et turbarentur: quare cum expediri nequeat, quid eorum, quae data sunt, merx, quid pretium sit emtionis, dicendum est, permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam, civilem autem obligationem inde nasci.

Cum autem discerni nequeat, quae res pretii loco sit, quae videatur venisse, cum igitur res data et merx, et simul alterius rei pretium videatur [5]): sponte sequitur, utrumque rem alterius facere debere. Ideoque Pedius [6]) ait: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem, cum nulla dubitatio sit, rem alienam distrahere quem posse; nam sic emtionem esse et venditionem, Ulpianus [7]) affirmat. Hanc autem differentiam statuendam esse inter venditionem et permutationem, ex fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s. [8]) evidenter apparet.

---

5) quod ab emtione abhorret, permutationis autem naturae convenit, et necessitate quadam inde sequitur, quod discerni nequit, quae res pretii, quae mercis locum teneat.

6) fr. 1. §. 3. d. rer. perm. 7) fr. 28. d. C. E.

8) (Celsus, libro III. Digest.). „Dedi tibi pecuniam, ut mihi „Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione „emtionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, „quam ob rem dati, re non secuta? In quod proclivior

Quomodo enim Celsus dicere poterat, non esse emtionem et venditionem, *si tibi pecuniam dedi, ut tu Stichum dares,* si non id inter nos actum fuisset, ut tu Stichi dominium in me transferres [9])? Uterque autem alterum dominum faciat, necesse est.

Aliam autem praeterea, eamque maximam differentiam statuendam esse inter emtionem et permutationem, Paulus tradit. Nam cum emtio et venditio nuda consentientium voluntate contrahatur, permutationem contra ex re tradita initium obligationi praebere [10]). Sic Diocletianus quoque et Maximianus Impp. rescripsere [11]), ex placito permutationis, nulla re secuta, constare, nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione partibus quaesierit actionem. Nudo enim consensu constitui obligationem, Paulus [12]), in his duntaxat receptum esse, dicit, quae nomen suum habeant, ut in emtione, venditione, conductione, mandato. Qua cum differentia alia arctissime cohaeret: sicuti enim hinc evenit, ut alienam rem dans nullam contrahat permutationem, — non videntur enim data, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt [13]), —

---

„sum; et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, „quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alie- „num esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere „a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non fe- „ceris; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pe- „cuniam repetere possim."

9) Cfr. fr. 75. §. 10. d. V. O. 10) fr. 1. §. 2. d. rer. perm. 11) c. 3. C. eod. 12) fr. 1. §. 2. cit.
13) Cfr. etiam fr. 38. §. 3. d. solut. fr. 20.; fr. 46. eod.

sic etiam, ut res tradita statim transeat in dominium accipientis, cum in emtionibus jam lege duodecim tabularum cautum sit, ne venditae res et traditae aliter emtori acquirantur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit [14]). Hanc enim differentiam re vera locum habere, rescripto quodam Diocletiani et Maximiani Impp. [15]) aperta significatione declaratur: nam cum inter Leontium et alium quendam placitum permutationis intercessisset, et is fundum, a Leontio sibi traditum vendidisset, contra emtorem nullam actionem Leontio competere, rescripserunt, cum ab eo susceperit dominium, cui titulo permutationis fundum tradidisse, Leontius non neget.

Cum haec utique maxima discrimina [16]) inter permutationem et emtionem intercedant, ut nulla supersit dubitatio, permutationem propriam esse speciem contractus, pari modo constat, non emti et venditi agendum esse, si rem dedi, ut rem accipiam, sed praescriptis verbis [17]). Quaeritur autem, quid veniat in hanc actionem? Cum autem olim non videtur distinctum fuisse inter emtionem et permutationem, tum hodie constat, permutationem vicinam esse emtioni; ut Diocletianus [18]),

---

14) §. 41. d. rer. div. 15) c. 4. C. d. rer. perm.

16) De alio discrimine ratione periculi infra plura dicentur.

17) Cum in permutatione discerni nequeat, uter emtor, uter venditor sit, nescio an praescriptis verbis actio, quae ex permutatione competit, similis sit ejus, quae fr. 1. §. 1. d. pr. verb. datur, ubi dubitabatur, utrum conducti, an locati agendum esset.

18) c. 2. C. d. rer. perm.

permutationem non solum re ipsa bonae fidei constitutam, dicat, sed etiam vicem emtionis obtinere. Quare in hoc judicium eadem omnia venient, quae in emti actionem, iis tantummodo exceptis, quae inter emtionem et permutationem differre, vidimus. Sicut igitur, si res vendita non traditur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris, hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est [19]): sic etiam, si ego tibi, quod convenit, dedero, tu dare cessas, confestim agam praescriptis verbis; *in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, id de quo convenit, accipere* [20]).

Concurrit autem cum hac obligatione alia quaedam, quam Celsus [21]) *obligationem ob rem dati, re non secuta* vocat. Cujus valde diversa est natura: actio enim, quae ex hac obligatione oritur, est condictio causa data causa non secuta. Quam praescriptis verbis actione antiquiorem esse, doctores [22]) censent; cui sententiae contradicere minime ausim: certi condictio enim ex hac obligatione competere poterat [23]), quae a rei datione, vel pecuniae numeratione inciperet [24]). Quam quidem obligationem pulcherrime Julianus [25]) describit: qui, non omnem numerationem eum, qui acceperit, obligare, tradit, sed quoties id ipsum agatur,

19) fr. 1. pr. d. A. E.

20) fr. 1. §. 4. d. rer. perm. fr. 5. §. 1. d. pr. verb.

21) fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s.

22) Hugo, Rechtsgesch. p. 620. 23) Cfr. supra §. 11. p. 41 sqq.

24) Cfr. supra § 16. not. 4.

25) fr. 19. pr. d. R. C. (Jul. libr. X. Dig.).

ut confestim obligetur. Nam et eum, qui mortis causa pecuniam donet, numerare pecuniam, sed non aliter obligatum habere accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti cum donator convaluisset, aut is qui accepisset, prior decessisset. Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quam diu in pendenti sit, an id futurum sit, cessaturam esse obligationem. Cum vero certum sit, futurum id non esse, obligari, qui acceperit: veluti, si Titio decem dederim, ut Stichum intra Kalendas manumittat, ante Kalendas me nullam actionem habiturum, post Kalendas ita demum acturum esse, si manumissus non fuerit. Ubicunque igitur ob rem datum est, quasi sub conditione datum videtur: ea autem, quae dantur, *aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat:* et in istis omnibus condictio sequitur [26]). Ergo qui dat, ut aliquid sequatur, qua parte se cogitat, negotium gerit. Cujus rei Julianus [27]) tale exemplum proponit: *Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaeritur: cum homo ante, quam emeretur, mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam?* Facti magis, quam juris quaestionem esse, Julianus respondit: nam si Titio in hoc dederim, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione me

---

26) fr. 35. §. 3. d. mort. caus. don. (Paulus ad leg. Jul. et Pap.) Alio loco (libr. V. Quaest.) Paulus, totius ob rem dati tractatum his speciebus competere, docet: aut enim *do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias.* Cfr. fr. 5. pr. d. pr. verb.

27) fr. 2. §. 7. d. donat. (Julianus, libro LX. Dig.).

repetiturum; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuisset, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causam magis donationis, quam conditionem dandae pecuniae existimari debere, et mortuo Sticho pecuniam apud Titium remansuram. Et generaliter hoc in donationibus definiendum esse, Ulpianus [28]) docet, multum interesse, causa donandi fuerit, an conditio: si causa fuerit, cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore. Quod idem de qualibet datione dicendum est. Dare nos enim aut ob causam, aut ob rem, Pomponius [29]) tradit. Ob causam praeteritam: veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. Ob rem vero dari, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competat. Qua cum sententia Paulus [30]) consentit.

Conditio autem ista dandae pecuniae videtur defecisse, simul atque is, cui datum est, ut aliquid contra praestaret, facere cesset, quod convenit: quo cessante statim condictio nascitur. Quae cum fortasse olim sola competeret, ubi dedissem, ut vel dares, vel faceres aliquid, postea, cum praescriptis verbis actio dari coepta est, fori usu servata est, ut his casibus, quae rei alicujus datione initium praebent obligationi, utraque actio concurrat [31]). Ex iis autem, quae modo de condictionis hujus indole disseruimus, sponte sequitur, ubi-

---

28) fr. 3. eod. 29) fr. 52. d. cond. ind.

30) fr. 65. §. §. 2. 4. eod. Cfr. fr. 66. eod. (Papin.).

31) Quaenam sit hujus concursus ratio, supra expositum est, §. 16. not. 4.

cunque praescriptis verbis agendum sit, quod alter id, de quo convenerit, facere detrectet, illi condictioni et ipsi locum fore. Unde in permutatione, ubicunque praescriptis verbis agendum est, ut placiti fides servetur, condictio quoque competet.

Recte igitur Paulus [32]) ait: „Igitur ex altera „parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, „*non in hoc agemus utique, quod interest nostra* [33]),

32) fr. 1. §. 4. d. rer. perm.

33) Sic enim cum Haloandro legendum existimo. Codicis Florentini textus adeo corruptus est, ut nullum omnino sensum praebeat. Taurellus in annotationibus legendum censet: „*ut interest nostra.*“ Vulgata habet: „*agemus, quod interest nostra.*“ Haloandri autem lectio sola iis respondet, quae alibi de hujus condictionis usu nobis traduntur, etsi Vulgatae sententia non omnino ab his abhorreat, quod Accursii interpretatio docet, qui quidem (Gloss. „*Agemus*“ ad hunc locum) nobiscum consentit. Quibus autem spinis ceterae lectiones laborent, optime ex Cujacii (Observ. lib. XXIII. c. 28.) interpretatione apparet, qui, hoc loco condictionem ei ex aequo et bono dari, dicit, qui alienam rem tradiderit, altero, rem contra tradere, detrectante: ei enim, qui rem alienam tradiderit, praescriptis verbis actionem non competere, sed in arbitrio ejus, qui rem alienam acceperit, positum esse, utrum permutationem consistere velit, nec ne, ut, re aliena ab alterutro data, claudeat permutatio. Quam Cujacii interpretationem Glück T. XVIII. p. 122 sq. recepit. Sed fateor, me nescire, an verissimum sit, quod Schifordegherum de hac Cujacii interpretatione dixisse, Glück commemorat. Quo jure enim is, qui rem alienam tradidit, intendere potest, hanc rem dari sibi oportere ab eo, qui, cum alienam rem acceperit, ejus rei dominium transferre nequeat, cujus nec ipse dominus factus sit? Neque vero etiam huic loco inest aliquid, cur permutationem ab alienae rei traditione initium cepisse dica-

„illam rem accepisse, de qua convenit.“ Namque si rem nostram recipere malimus, repetere possumus, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta: est enim condictioni locus, ut res nostra contra nobis reddatur [34]).

Non sufficit autem debitori, ut rem accipientis faciat, sed, quoniam permutatio vicina esset emtioni, Aristo [35]) ait, sanum quoque, furtis noxisque solutum, et non esse fugitivum servum, praestandum, qui ex causa permutationis daretur: quae omnia iis probe conveniunt, quae Edicto Aedilium in emtionibus et venditionibus hac de re praecepta sunt [36]), ut minime dubitari possit, horum quoque ratione venire in hanc actionem id, quod creditoris intersit.

Pari modo, hanc actionem competere, vidimus, si res data evicta fuerit [37]); quo eodem casu condictionem ob causam datorum locum habere, certum est [38]). Celsus adeo, non solum si alienus fuerit Stichus, quem mihi tradideris, sed etiam si tuus fuerit et pro evictione ejus promittere nolis, condictioni locum fore, censet [39]). Eodem

---

camus. Basilica (XX. 3. 1.) denique nobiscum faciunt et Haloandri lectionem firmant: Ὁ παραδοὺς περὶ τοῦ διαφέροντος ἐνάγει τῷ μὴ παραδόντι· εἰ δὲ βούλεται ἀναλαβεῖν, ὃ δέδωκεν, τὸν ἀπαιτοῦντα τὸ ἴδιον λόγον κινεῖ.

34) fr. 5. §. 1. d. pr. verb. c. 4. c. 5. c. 7. C. d. rer. perm.

35) fr. 2. eod.

36) Cfr. fr. 1 sqq. d. aed. edict. fr. 11. §§. 7. 8. d. A. E.

37) Cfr. quae supra, §. 16. p. 86 sqq., hac de re disputata sunt, et fr. 1. §. 1. d. rer. perm. c. 29. C. d. evict.

38) c. 1. C. d. rer. perm. fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s. (Vd. supra, p. 122. not. 8.)

39) fr. 16. cit.

hoc casu autem praescriptis verbis actionem et ipsam utilem esse, eo minus dubitare possumus, quod eadem huc trahenda videntur, quae de emtione Ulpianus [40]) tradit: quia assidua sit duplae stipulatio, idcirco placuisse, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sint moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debere venire. Quare praescriptis verbis actio ex emto actionis instar hîc quoque in id competet, quanti plurimo auctorem periclitari oportet [41]).

Tenetur autem debitor ei, qui re tradita initium obligationi praebuit, propter omnem culpam, periculum autem est creditoris [42]), prorsus eodem modo, quo, perfecta emtione, periculum ad emtorem respicit [43]): id quod Paulus [44]) aperta significatione tradit: „Sed si scyphos tibi dedi, ut Sti„chum mihi dares, *periculo meo Stichus erit*, ac tu „duntaxat culpam praestare debes." Si igitur Stichus sine culpa tua perierit, vel aufugerit, praescriptis verbis actione mihi non teneberis. At vero haec rei conditio eo prorsus mutatur, quod, iis, quae acta sunt, etiam ob rem dati obligationem inesse, constat: apparet enim ex fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s. [45]), hujus obligationis naturam talem esse, ut repetere possim, quod *ideo tibi dedi*, ut mihi *aliam rem dares*, etsi *haec res* [46]) sine culpa

40) fr. 31. §. 20. d. aed. ed. Quae licet de redhibitione dicta sint, nihilominus tamen huc quoque trahi possunt.

41) fr. 11. §§. 8. 9. d. A. E. 42) fr. 5. §. 1. i. f. d. pr. verb.

43) fr. 8. d. pericul. 44) fr. 5. §. 1. cit.

45) Quod vd. supra, p. 122, not. 8.

46) Cujus rei non eandem esse rationem, si quidem dederim, ut aliquid *facias*, infra apparebit. Cfr. etiam Mühlenbr. doctr. §. 362. nro. 4.

tua perierit. Sic enim evenit, ut periculi ratione differentia quaedam statuenda sit inter emtionem et permutationem, licet discrimen illud non ex ipsa permutationis natura, sed aliunde repetendum sit [47]).

Cum autem supra [48]) viderimus, fieri posse, ut ejusdem rei vel venditio, vel locatio contrahatur, prout conditionis alicujus eventus fuerit [49]): tum ex fr. 26. d. pr. verb. apparet, minime dubitatum fuisse, quin sub conditione eadem res vel permutationis, vel alius cujusdam negotii causa tradita esse possit: quae materia nullam in se habet difficultatem. Nam si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est; si, ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis: hoc casu enim permutatio contracta videtur: sed si, ut vel hos scyphos, vel ut ejusdem ponderis argentum dares, convenit, hoc quoque casu utique praescriptis verbis erit agendum, ne plus petiisse [50]) videar commodati agendo, quae actio alternationem illam non patitur: ex tua enim voluntate pendet, utrum rem intra commodati fines subsistere, an permutationem contractam esse, velis.

## §. 22.

Cum autem differentia illa, quae inter emtionem et permutationem obtinet, eo potissimum ni-

47) Mühlenbr. §. 409. not. ult., etiam propter laesionem enormem praescriptis verbis agi posse, censet.

48) §. 19. p. 112. 49) Gaj. III, 146. 50) §. 33. I. de act.

tatur, quod pretii ratione contractus illius forma et communes regulae non observatae sunt, tum in locatione et conductione, quae proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit [1]), simile quid fieri videmus, si quidem ea non observantur, quae mercedis ratione jure constituta sunt. Quod duplice modo fieri videmus:

Locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: quemadmodum autem velut prima regula est emtionis, ut pretium sit certum [2]), sic etiam nisi merces certa statuta sit [3]), non videtur locatio et conductio contrahi. Unde olim quaesitum invenimus [4]), si alieno arbitrio merces promissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, an locatio et conductio contracta sit? Sed haec quaestio jam decisa est, ita locationem contrahi posse [5]). Si vero merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, hodie quoque locatio et conductio contrahi non videtur [6]): „Quare si tibi polienda „sarciendave vestimenta dederim, si quidem gra„tis hanc operam te suscipiente, mandati est obli„gatio: si vero mercede data aut constituta, loca„tionis conductionisve negotium geritur: quodsi „neque gratis hanc operam susceperis, *neque pro„tinus aut data aut constituta sit merces, sed eo no„mine negotium gestum fuerit, ut postea tantum „mercedis nomine daretur, quantum inter nos statu„tum sit,* placet quasi de novo negotio in factum „dandum esse judicium, id est praescriptis ver-

1) fr. 2. pr. locat. 2) §. 1. I. d. emtion. Gaj. III, 140.
3) pr. I. d. locat. 4) Gaj. III, 142. 143.
5) §. 1. I. d. locat. 6) fr. 25. locat.

bis [7])." Quae actio haud dubie locati similis est. — Idem dicendum videtur de alio quodam casu, ab Ulpiano [8]) allato. Is enim, fieri solere, narrat, ut, qui noverint servos fugitivos alicubi celari, indicent eos dominis, quae res non faciat eos fures [9]); solere etiam *mercedem* hujus rei accipere et sic indicare. Ut minime dubitatum sit, locationem et conductionem operarum sic contrahi posse; neque enim turpiter acceptum erat, quod ita datum esset [10]); neque operae locari non solitae praestabantur, ut merces pro opera data videretur [11]). Contra si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, *ut, si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquod daretur*, an possit agere, qui indicavit, quaesitum est. Et cum de mercedis quantitate nihil inter eos statutum fuisset [12]), certum est, locati eum agere

---

7) fr. 22. d. pr. verb. (Gaj. ad Ed. prov.) Gaj. III, 143. §. 1. I. d. locat.

8) fr. 15. d. pr. verb. (Ulp. libr. XLII. ad Sab.)

9) Cfr. enim fr. 1. pr. d. fugitiv.

10) fr. 4. §. 4. d. cond. ob turp. caus. 11) fr. 2. i. f. locat.

12) Possit aliquis dicere, hanc non esse causam, quod praescriptis verbis, neque locati actio detur, esse enim mercedem certam constitutam; cui sententiae astipulari minime possum: licet enim convenerit, ut *certum aliquod* daretur, nihilominus tamen mercedis quantitas in incerto relicta videtur: *certum aliquod* enim semper incerti speciem prae se fert. Cum praeterea nihil impediat, quo minus locatio ita contrahatur, necessitate quadam dicendum videtur, hunc casum iisdem principiis regi, quibus alter ille modo relatus. Diversa est sententia Glückii (T. XVIII. p. 96.); is enim, Donellum secutus, qui, Commentar. jur. civ. Lib. XIII. c. 6., ea sola facta locari posse, ait, quae aut in re

non posse. Nihilominus tamen, civilem actionem oriri posse, Ulpianus censet, conventionem istam enim non esse nudam, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habere in se negotium aliquod: ergo praescriptis verbis agendum esse. Hanc enim propriam suam sententiam esse, Ulpianus adeo aperte declarat, ut propemodum affirmari posse existimem, rejecisse eum alteram sententiam existimantium, in hac specie de dolo quoque actionem competere, ubi dolus aliquis arguatur, quidquid alii contrarium efficere voluerunt ex ultimis fragmenti hujus verbis [13]): qui, vel omnino civilem actionem ab Ulpiano dari, negant [14]), vel, de dolo potius actionem dandam esse, dicunt, ubi dolus aliquis arguatur [15]).

---

nostra, aut persona nostra exerceantur, hic propterea praescriptis verbis agendum esse, dicit, quia neque in re, neque in persona nostra operae praestentur. At vero contra hanc sententiam monendum videtur, hoc casu haud dubie nostrae rei nomine operas praestari, cum servus noster fugitivus nobis reparetur: dein vero etiam ipsa illa Donelli sententia satis firmis rationibus minime subnixa videtur; quomodo enim cum ea conciliari poterit fr. 19. §. 1. d. pr. verb.? Praeterea cfr. Retes Opuscul. L. II. S. I. c. 5. nro. 14.

13) „Nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere „dicat, ubi dolus aliquis arguatur.“

14) Ant. Faber, Rational. in Pand. ad hunc loc.

15) Quod Glück (T. XVIII. p. 96.) et Retes (Opusc. L. II. S. I. c. 11. nro. 4.) affirmant, uterque, ut mihi quidem videtur, falsa causa permotus. Glück enim sententiae suae hanc rationem exhibet, quod de dolo actio, utpote vulgaris actio, praescriptis verbis actioni praeferatur; vide tamen supra §. 16. p. 82 sqq.; Retes hoc errore lapsus videtur: cum praescri-

Id certe his verbis indicatur, non unam hac de re fuisse ICtorum sententiam, id quod etiam Pauli loco quodam celeberrimo declaratur. Is enim fr. 5. §. 3. d. pr. verb. sic loquitur:

„Quodsi faciam, ut des, et postea, quam feci, „cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de do„lo dabitur.“

Qui locus cum nullo modo cum his nostris et aliis praeterea locis [16]) conciliari possit, quidquid hac de re conscripserunt interpretes [17]), dicendum videtur, olim hac de re disceptatum fuisse inter ICtos, obtinuisse tamen sententiam eorum, qui, his casibus utique praescriptis verbis actionem competere, dixerint; Pauli autem locum istum propterea forsan a Triboniano immutatum relictum esse, quod maximi fragmenti nonnisi minima particula esset; et sic accidisse, ut hoc loco contrarium aliquod positum sit, quidquid Justinianus contra affirmet [18]). Id tamen monuisse volo, hujus controversiae causam fortasse non obscure a Marciano [19]) indicari. Is enim, si operas fabriles quis servi sui vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, dicit, siculi si paenulas dedisset, ut tunicas acciperet. *Nec esse hoc contrarium, quod, si per errorem operae indebitae*

---

ptis verbis actio, licet bonae fidei non sit, ex bona fide oriatur, nullum omnino negotium gestum videri, si dolus contractui causam dederit: ergo nec actionem ex contractu dari posse. Retes, cit. loc., praeterea cap. 10. nro. 5.

16) c. 6. C. d. transact. fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s.

17) de quorum tentaminibus maxime variis conferendi sunt Retes Opusc. L. II. S. I. c. 11., Glück T. XVIII. §. 1069.

18) c. Tanta §. 15. d. confirm. Dig.

19) fr. 25. d. pr. verb.

*datae sint, ipsae repeti non possint.* Quod quidem Marciani dictum valde firmat eorum sententiam, qui, Paulum hoc loco ad condictionem ob causam datorum potissimum respexisse, dicant [20]), licet haec quoque sententia neutiquam omni dubitatione careat.

His itaque missis, ad alterum casuum genus transeo: Merces non solum certa esse, sed etiam in numerata pecunia consistere debet. Qua de re cum olim disceptatum sit, postea severior sententia obtinuit: et cum Gajus [21]), quaeri, dicat, an locatio et conductio contrahatur, si rem tibi utendam dederim, et invicem aliam rem utendam acceperim, Justinianus [22]), placuisse, refert, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Haec tamen species propius etiam ad commodatum [23]) videtur accedere, quam ad locationem et conductionem: in hoc contractu enim utique alter id, quod mercedis nomine datur, in alterius dominium transfert. Quare ii potissimum casus huc referendi videntur, quibus res aliqua mercedis nomine datur, ut vel alia res utenda detur, vel ut operae praestentur: quae posterior species sola in fontibus nostris obvia est:

---

20) Quam quidem sententiam Donellus praesertim defendit. In c. 4. C. d. dol. nonnisi de servo manumisso, vel manumittendo dato, recuperando cogitatum videtur: quare tum hac constitutione Donelli sententia firmatur, tum vero etiam ex eadem minime effici poterit, praescriptis verbis actionem hoc casu non competiisse.

21) Gaj. III. 144.

22) §. 2. I. d. locat. Cfr. fr. 5. §. 2. d. pr. verb. fr. 1. §. 9. deposit.

23) Cfr. §. 2. I. d. locat. fr. 17. §. 3. d. pr. verb.

fr. 5. §. 2. d. pr. verb. (Paul. *lib. V. Quaest.*) „At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod „locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data „locatio erit [24]), sicut superiore casu emtio; si „res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis a„ctio in hoc, quod mea interest, vel ad repeten„dum condictio."

fr. 6. d. pr. verb. (Neratius, *lib. I. Responsor.*) „Insulam hoc modo, ut aliam insulam refice„res, vendidi. Respondit: nullam esse venditio„nem, sed civili intentione incerti agendum."

Hujus enim posterioris fragmenti speciem huc potisssimum trahendam esse, dixerim. Quamvis enim dictum inveniamus: „insulam hoc modo *vendidi*", tamen, nullam venditionem sic contrahi, tam Neratius, quam Pomponius [25]) affirmant: multo magis autem dicendum putaverim, insulam operarum mercedem datam videri, quam operas insulae pretium esse.

Aperte autem Paulus in priore specie profitetur, his quoque casibus, condictionem ob causam datorum locum habere: quod adeo indistincte declarat, ut dicendum videatur, utramque actionem prorsus eodem modo competere. Quapropter utraque actio iisdem regulis consistet, quoad ea, quae de dolo, culpa et periculo valent. Nam cum totum hoc negotium secundum locationis et conductionis indolem regatur: non solum praescriptis

---

24) Excipienda tamen est colonia partiaria, de qua vide Retes Op. L. II. S. I. c. 5. nro. 2—9. Dein vero etiam certa fructuum quantitas pensionis loco praestari potest ex fundo locato. c. 8. c. 21. C. d. locat.

25) fr. 6. §. 1. d. A. E.

verbis actio, sed etiam condictio cessabit, si quidem id, quod fieri debebat, sine dolo et culpa ejus, qui facere debebat, factum non erit [26]).

Aliquatenus differt ab hac specie is casus, quo operae cum operis pensantur: quem tamen secundum locationis et conductionis regulas dijudicari, Ulpianus [27]) disertis verbis declarat. Condictionem ob causam datorum hîc cessare constat [28]), licet Celsus [29]) alicubi, operas fabriles condici posse, existimaverit, cujus tamen sententia obtinuisse non videtur.

## §. 23.

Cum hoc casu, quo operae cum operis velut permutantur, negotium contractum ad locationis et conductionis figuram accedat, contra mandati simile negotium contrahitur, si quidem facta utrinque praestanda talia sunt, quae locari nequeant: cujus rei exemplum praebet casus a Paulo, fr. 5. pr. et §. 5. d. pr. verb., nec non fr. 5. §. 4. eod., propositus, quem supra [1]) latius tractavimus. Cum ibi, maximam fuisse dubitationem, viderimus, annon re vera mandatum contractum sit, et propterea tantum praescriptis verbis actionem denique datam esse, quod non omnia accurate *secundum* mandati regulas acta viderentur, tum multo magis etiam, praescriptis verbis actionem dandam esse, dicendum erit, si quidem negotio gesto insit ali-

26) Cfr. Mühlenbr. doctr. §. 362. nr. 4. Praeterea vide sequentem §um.

27) fr. 1. §§. 9. 10. depos. Cfr. fr. 25. d. pr. verb.

28) fr. 25. cit. 29) fr. 26. §. 12. d. cond. ind.

1) §. 18. p. 103 sqq.

quid, quod vel *contra* mandati formam actum esse videatur.

Primam autem mandati regulam esse, constat, gratuitum esse mandatum: quare Paulus [2]): „man„datum, inquit, nisi gratuitum, nullum est; nam „originem ex officio et amicitia trahit; contrarium „porro est officio merces; interveniente enim pe„cunia, res ad locationem et conductionem (opera„rum) potius respicit." At vero ut haec contrahatur, duo maxime necessaria sunt: 1) operae *locari solitae* [3]); 2) ut merces *pro opera* constituatur [4]). Quare mandatum, etsi gratuitum non sit, in locationem et conductionem transire non poterit:

1) Si quidem tale est factum, quod locari nequeat;

2) si vel ejus, qui aliquid facere jussus est, talis est conditio, — tum respectu ipsius solius habito, tum rationis, quae ipsi cum eo, qui facere jussit, intercedit, — ut operam suam minime, mercede accepta, locaturus sit;

3) vel si omnino non eo animo datum est, ut merces pro opera constituatur.

Quae ut facilius intelligantur, haec monenda videntur: Mandati natura neutiquam talis est, ut mandatarius suis impensis faciat, quae facere jussus est, sed contraria mandati actione omnia recuperare poterit, quaecunque ratione mandati ei aberunt, ut indemnis servetur [5]). Non est igitur, quod miremur, saepissime factum esse, ut, cum

---

2) fr. 1. §. 4. mand.

3) fr. 5. §. 2. d. pr. verb. 4) §. 4. I. d. locat. fr. 2. eod.

5) fr. 10. §. 9.; fr. 12. §. 9.; fr. 27. §. 4.; fr. 56. §. 4. mand.

ego tibi aliquid mandarem, statim solverem, quae postea actione mandati contraria a me impetrare poteras: magis etiam, convenire inter nos poterat, ut hoc, quod tibi dedissem, quasi per aversionem datum esset, ita, ut, mandato peracto, nihil amplius a me petiturus esses; poteras enim tibi providere, ne quid minus postulares, quam, te expensurum, verosimile erat. Poterat denique accidere, ut et aliam ob causam tibi darem aliquid mandati exsequendi gratia [6]). Ita autem utique evenire oportebat, ut mandatum statim ab initio gratuitum esse non videretur. Quare, cum neque locatio et conductio contracta esset, neque vero etiam proprie mandatum esse videretur, utique tamen actum esset aliquid, placuit, proprium genus esse contractus, et praescriptis verbis actionem dari. Omnia vero hujusmodi negotia ad mandati naturam proxime accedere, latius demonstraturi sumus.

Primo autem aspectu haec negotia prorsus eadem ratione tractari videntur, qua illa, quae modo recensuimus, quibus locatio non videbatur contracta, quod mercedis loco non pecunia data erat, sed res. Nam hîc quoque, quibus casibus praescriptis verbis agi potest, iisdem omnibus condictioni ob causam datorum locus est; et hîc potissimum apparet, quod de aliis istis casibus supra contendimus, condictionem cessare non minus, quam praescriptis verbis actionem, si id, quod faciendum erat, sine dolo et culpa ejus, qui facere debebat, factum non sit, id quod his locis declaratur:

6) Cfr. fr. 24. d. pr. verb. fr. 43. mand. fr. 5. §. 1. d. cond. a. d. c. n. s.

1) fr. 7. d. pr. verb. (Papinianus, *libro II. Quaestion.*)

„Si tibi decem dedero, ut Stichum manumit„tas, et cessaveris, confestim agam praescriptis „verbis, ut solvas, quanti mea interest; aut, si „nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas."

Utramque actionem hîc prorsus eodem fundamento niti, manifestum est.

2) fr. 5. §. 2. d. pr. verb. (Paul. *libr. V. Quaest.*)

„At cum do, ut facias — —. — quodsi tale „est factum, quod locari non possit, puta ut ser„vum manumittas, sive certum tempus adjectum „est, intra quod manumittatur, idque cum potuis„set manumitti, *vivo* servo transierit, sive fini„tum non fuerit, et tantum temporis consumtum „sit, ut potuerit, debueritve manumitti, condici „ei potest, vel praescriptis verbis agi."

Datur praescriptis verbis actio, datur condictio, si in manumittendo servo mora contracta est; competit utraque actio, etsi post moram commissam servus manumittendus perierit: mora enim facit periculum ejus, qui moram adhibuit [7]). Argumento e contrario autem hinc efficere possumus, tam praescriptis verbis actionem, quam condictionem cessare, si servus intra tempus manumissioni praestitutum, vel priusquam manumitti posset, sine dolo et culpa ejus, qui manumittere debebat, vel obierit, vel aufugerit: neque desunt hujus rei testimonia directa [8]).

---

7) Vd. Mühlenbr. doctr. §. 373. not. 7. 8. Cfr. fr. 5. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s. fr. 2. §. 3. eod.

8) Praeter fr. 5. pr. d. cond. c. d. c. n. s. („- - - Et cum

3) fr. 3. §§. 2. 3. d. cond. c. d. c. n. s. (Ulp. *libr. XXVI. ad Edict.*).

„Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, „si non facis, — — — condicere possum. §. 3. „Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manu„mittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda „erit repetitio, — — — quodsi praeteriit, condici „poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, „quod datum est, possit? Proculus ait: si post „id temporis decesserit, quo manumitti potuit, re„petitionem esse, si minus, cessare."

De his et horum similibus casibus ergo intelligenda videtur c. 10. C. d. cond. ob caus. dator., qua Diocletianus et Maximianus Impp. rescripsere:

„Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua „data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu „non est secuta, minime repeti posse, certum est."

Hujus rescripti enim sententiam in permutatione locum non habere, supra vidimus [9]). Hac-

„per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare,") conferenda sunt fr. 5. §§. 3. 4. eod.; fr. 3. §§. 2. 3. eodem, quod in textu legendum est.

9) fr. 16. d. cond. c. d. c. n. s. Cum haec differentia, quae condictionis illius respectu obtinet inter eos casus, quibus, ut res contra detur, et eos, quibus, ut factum aliquod sequatur, datum est, ex ipsa rei natura et communibus juris civilis hac de re praeceptis satis explicari possit, id quod a Mühlenbruchio (doctr. §. 362. nro. 2. et 4.) factum videmus, minime opus est, ut cum Noodtio (Probabil. Lib. IV. c. 5) ad eam sententiam confugiamus, condictionem ob causam datorum, quae fr. 16. cit. datur, etsi Stichus mortuus fuerit, non tam propter implementum non secutum, quam propter poenitentiam competere; quod ex ipsis loci verbis minime erui potest.

tenus igitur casus illi, qui fr. 5. §. 2. d. pr. verb. a Paulo commemorantur, sibi prorsus consentanei sunt: et recte: nam quae de dolo, culpa et periculo valent, in operarum locatione et in mandato prorsus eadem sunt[10]). Jam vero vidimus, in his casibus fere omnibus, qui ad mandati similitudinem reguntur, poenitentiae fieri mentionem [11]), et condictionis competentis, si eum, qui dedit, poenituerit ejus, quod fieri jussit: praeterea haec poenitentia efficit, ut periculi ratio prorsus fere immutetur. Quare operae pretium videtur, inquirere, num haec poenitentia quoque ex mandati similitudine, quam omnibus his casibus inesse, diximus, proficiscatur? quod valde probabile videtur, quia ceteris casibus omnibus, quibus condictio ob causam datorum cum praescriptis verbis actione concurrit, poenitentiae hujus nulla omnino fit mentio [12]): his casibus omnibus enim mora debitoris

---

10) fr. 23. d. R. I.

11) fr. 3. §§. 2. 3. fr. 5 pr. §§. 1—4. d. cond. c. d. c. n. s.

12) Nullo enim modo ex fr. 1. pr. d. cond. c. d. c. n. s. („Si „ob rem non inhonestam data sit pecunia, — — *causa* „*secuta*, repetitio cessat") argumento e contrario id effici poterit, hanc condictionem ubique locum habere, ubi causa *nondum* sit secuta. Is enim sensus ex Ablativo consequentiae „*causa non secuta*" nullo modo erui potest, qui potius ita solvendus videtur „cum causa non sit secuta", vel „postquam causa non est secuta," id quod aperte monstrat fr. 52. d. cond. ind. „— — Ob rem vero datur, „ut aliquid sequatur, *quo non sequente*, repetitio compe- „tit." Praeterea conferas velim, quae de obligatione ob rem dati supra, §. 21. p. 125. sqq., a nobis disputata sunt ad fr. 19. pr. d. R. C. Fr. 5. §. 1. d. pr. verb. autem, nec non fr. 1. §. 4. d. rer. perm. c. 4. c. 7. C. eod. fr. 16. d.

condictioni originem dedit. Praeterea hujus condictionis in universum ea est causa, quod defecit aliquid, quod, ut fieret, jure meo exspectare poteram: nam quod ob rem datur, ex *aequo et bono* habet repetitionem [13]). Haec autem ratio locum non habet, ubi condicere volo nullam aliam ob causam, quam quod me poenituerit ejus, quod convenit: propterea mihi condicenti utique nocebit pacti exceptio [14]), quae mihi cum effectu opponi non poterit, si condicam, quod ea causa, cujus respectu datum est, defecerit, praesertim cum adversarius in mora fuerit: ibi enim haec replicatio pacti exceptionem removebit: *si non ea conditione (vel lege) datum fuerit, ut Stichum dares.*

Quare necessitate quadam dicendum videtur: ubicunque haec condictio non propterea competat, quod causa, propter quam datum est, defecerit, sed quod dantem poenituerit, negotii gesti naturae inesse aliquid, quod poenitentiae det locum. Et re vera, ut primum omittam hos nostros casus, quibus concurrit condictio ob causam datorum cum praescriptis verbis actione, ita explicari po-

cond. c. d. c. n. s. fr. 5. §. 2. initio d. pr. verb., hos locos omnes nihil omnino continere, quod de poenitentia, his casibus competente, intelligi possit, suis locis monstratum est.

13) fr. 65. §. 4.; fr. 66. d. cond. ind.

14) Etenim cum id, quod ob rem datum est, quasi sub conditione datum videatur, – ut ob rem dati obligatio non aliter locum habeat, quam si exstiterit casus, in quem obligatio collata erat, (fr. 19. d. R. C.) id quod supra vidimus – quamdiu in pendenti est, an sit futura obligatio, actio, quae ex illa nascitur, cum effectu locum habere non potest. Vd. supra §. 21. p. 125. sqq.

terunt casus quidam, quibus condictio ob causam datorum propter meram poenitentiam competit. Et sileo quidem de mortis causa donationibus, quae tum ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia, tum statim ab initio ita instituuntur, ut revocari possit donatio, si eum, qui donavit, donationis poenituisset [15]). Quapropter cum ex his non adeo multum lucis nostrae materiae affulgeat, alios statim casus aggredior. Ex eorum numero sunt:

fr. 1. §. 1. d. cond. c. d. c. n. s. (Ulp., *libro XXVI. ad Ed.)*

„Si parendi conditioni causa tibi dedero de„cem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, „possum condicere."

fr. 13. eod. (Marcianus, *libro III. Regular.*)

„Si filius contulerit fratri, quasi agniturus „bonorum possessionem, et non agnoverit, repe„tere eum posse, Marcellus libro quinto Digesto„rum scribit."

Hereditatem vel legatum sub hac conditione mihi relicta: „*si Titio dedero decem*," non aliter acquirere me posse constat, quam si implevero, quae mihi imposita sunt [16]). Quare Titio decem dando sub ea causa do, ut hereditatem vel legatum re vera acquiram: decem dando autem nihil aliud ago, quam ut admitti possim ad hereditatem vel legatum, si quidem ea acquirere velim: quare me Titio minime obstringo, ut hereditatem adeam, vel legatum acquiram: sed integrum mihi manet, hereditatem omittere vel legatum repudiare: et ni-

15) §. 1. I. d. donat. fr. 16. fr. 30. d. M. C. D.

16) fr. 13.; fr. 26. d. cond. instit.

hilominus competit mihi condictio, quasi re non secuta, propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, non solum ita dantur, ut tu aliquid facias, sed etiam ita, ut ego, qui dedi, aliquid faciam: quo non sequente condictio competit [17]).

Prorsus eadem valent de altero illo casu, fr. 13. cit. proposito, si filius emancipatus contulerit fratri, ut bonorum possessionem agnoscere possit: nam hic quoque fratri minime se obstrinxit, in eadem voluntate se perseveraturum, adeo quidem, ut si nondum contulerit, sed, dum deliberat, caverit de bonorum collatione, nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu ipso jure tutus sit: id quod Julianus testatur [18]).

Pari modo, quae dotis nomine data sunt, repeti possunt, si nuptiae insecutae non fuerint [19]); neque quidquam interest, cur nuptiae non sequantur. Nam et, si per mulierem steterit, quo minus nuptiae sequantur, non solum ipsum fundum, quem dederit, sed fructus etiam restituendos esse, Paulus [20]) docet. Haud dubie autem haec quoque condictio ob meram poenitentiam competit: quod inde deducendum est, quod mulieri, quae dotis nomine dedit aliquid, liberum manet, quovis temporis momento nuntium remittere, et ita spem nuptiarum frustrare [21]): nam cum hoc ei concessum sit, inelegans foret, si ei eorum, quae dotis nomine dedit, condictio denegaretur.

---

17) Cfr. fr. 35. §. 3. d. M. C. D. et supra §. 21. p. 126.

18) fr. 3. §. 2. d. collat. bonor.

19) fr. 7. §. 1. d. cond. c. d. c. n. s.

20) fr. 38. §. 1. d. usur.

21) c. 1. C. d. sponsal. c. 2. C. d. repud.

His igitur casibus utique inest aliquid, quod poenitentiae det locum, id quod supra contendimus. Quod vero de his valet, idem de casibus nunc tractandis valere, equidem persuasum habeo. Omnes istos casus ad mandati similitudinem regi, antea contendi. Mandatum contractum, si re adhuc integra revocatum fuerit, evanescit [22]. Cum autem mandatum ipsum revocare liceat, etiam quae mandati nomine dederim, utique me revocare posse, dicendum videtur [23]. Cur igitur fieri non possit, ut haec quoque negotia, quae ad mandati similitudinem reguntur, et per cetera omnia iisdem prope regulis consistunt, talia habeantur, quae quovis temporis momento revocare liceat? Num inverso ordini eorum, quae hîc geruntur [24], vel minimae illi a mandati forma deflexioni tanta vis tribuatur, ut id, quod fere omnium maxime mandati naturae convenit, facultas poenitendi, evanescat? Et si quidem probari potest, haec negotia in ceteris omnibus per singulas quasdam partes mandati indolem sequi, certe dicendum sit, poenitentiam, quae in his competit, et ipsam hinc repetendam esse. Quare singuli casus nunc recensendi erunt, cujus rei haec ratio a nobis instituetur, ut ubique, quid actum sit, cum mandato accuratius conferamus.

---

22) §. 9. I. d. mandat. fr. 12. §. 16. eod. fr. 15. eod. fr. 27. §. 1. eod.

23) fr. 27. §. 1. fr. 30. mand. c. 16. C. eod. Arg. fr. 11. d. cond. c. d. c. n. s.

24) Cfr. supra p. 139. sqq.

## §. 24.

Incipiendum videtur ab his casibus, qui proxime ad mandatum accedunt: primo loco igitur agendum erit de casu, fr. 5. §. 1. d. cond. c. d. c. n. s. (Ulp., *libr. II. Disputat.*) proposito:

„Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab „eo intra certum tempus manumitteretur, si poe„nituerit eum, qui tradidit, et super hoc eum cer„tioraverit, et fuerit manumissus post poeniten„tiam, attamen actio propter poenitentiam compe„tit ei, qui dedit. Plane si non manumiserit, con„stitutio succedit, facitque eum liberum, si non„dum poenituerat eum, qui in hoc dedit."

Cum hoc loco conferenda sunt fr. 27. §. 1. mand. (Gaj., *libr. IX. ad Ed. prov.*) [1]) et fr. 30. mand. (Julian., *libr. XIII. Dig.*), quae hunc casum continent:

Servum tibi tradidi [2]), ut eum manumitteres, nihil refert, utrum post mortem meam [3]), an nullo tempore adjecto: mandatum servi manumittendi ita contractum est; in hoc solum enim servum accepisti, ut eum manumitteres; quod ut fieri posset, servi dominium in te transferendum erat. Poenitet me mandati, et, poenitentia actus, servum re-

---

1) „Si servum ea lege tibi *tradidero*, ut eum post mortem „meam manumitteres, constitit obligatio; potest autem et in „mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si, „poenitentia acta, servum recuperare velim."

2) Gajus haud dubie scripserat „*mancipavero*;" sic etiam Julianus.

3) Possum enim tibi mandare, ut post mortem meam aliquid facias; cfr. fr. 12. §. ult. mand.

cuperare volo; quare mandati tecum agam, ut servum mihi reddas. At postquam revocavi mandatum, et tibi denuntiavi, ne manumitteres, servum manumisisti: nihilominus mandati tecum agam, quanti mea interest, servum non fuisse manumissum.

Redeo ad casum supra propositum, qui ita proxime ad eum, de quo modo egimus, accedit, ut vix intelligi possit, quid differat inter eos, et cur hoc casu condictio detur ad servum recuperandum, non mandati actio? Quod inde deducendum puto, quod servus hîc ita traditus erat, ut intra certum tempus manumitteretur: sic enim fieri poterat, ut lucrum ex negotio sentiret, qui servum manumittere debebat [4]). In ceteris omnibus autem uterque casus sibi arctissime respondet: nam hîc quoque poenitentiae locus est; poenitentia efficit, ut ipsum servum recuperare possim, non solum ne servus ipso jure liber fiat; ad servum recuperandum competit mihi condictio, quae non evanescit, si is, cui servum tradidi, postquam eum certioravi, ne manumitteret, servum manumiserit: licet enim servum ipsum jam recuperare non possim [5]), in hoc tamen competit condictio, quanti mea interest, servum non fuisse manumissum: dolo enim fecit, quod manumisit post poenitentiam meam [6]).

---

4) Cfr. fr. 18. §. 1. d. donat. 5) c. 4. C. d. dol.

6) Cfr. fr. 5. d. R. C. fr. 23. d. V. O. Ex constitutione autem divorum Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum (c. 2. c. 3. c. 4. C. si manc. ita fuerit alien. fr. 38. §. 1. d. liberal. caus. fr. 1. fr. 3. fr. 6. qui sine manumiss.), cujus in fine loci nostri fit mentio, poenitentiae hujus vis et potestas

Ex his autem utique apparet, utrumque casum sibi prorsus consentaneum esse, et cum per omnia idem utriusque negotii sit eventus, merito conjici potest, causas, quibus iidem effectus nascantur, easdem esse.

Prorsus simili ratione autem secundus casus, quo poenitentia locum habet, per omnia mandatum imitatur, dico

fr. 5. §. 2. cit. loc.

„Item si quis dederit Titio decem, ut servum „emat, et manumittat, deinde poeniteat, siquidem „nondum emtus est, poenitentia dabit condictio„nem, si hoc ei manifestum fecerit, ne, si postea „emat, damno afficiatur; si vero jam sit emtus, „poenitentia non facit injuriam ei, qui redemit, „sed pro decem, quae accepit, ipsum servum, quem „emit, restituet, aut si antea decessisse proponatur, „nihil praestabit, si modo per eum factum non est. „Quodsi fugit, nec culpa ejus contigit, qui redemit,

---

nequaquam deduci potest: nam si is, qui mancipium ea lege vendidit, vel donavit, vel pretium pro eo dedit, ut post certum temporis intervallum manumitteretur, in hac eadem voluntate non perseverat, nihil aliud efficit, quam ne servus *ipso jure* liber fiat: nihil amplius enim sibi volunt: c. ult. C. si mancip. ita fuer. fr. 3. qui sine manumiss. fr. 3. d. serv. export. Constat enim ex fr. 8. d. serv. export., si quis proprium servum vendidisset, et, ut manumitteretur intra certum tempus, praecepisset, ac postea mutasset voluntatem, emtor autem nihilominus manumisisset, nullam eo nomine actionem venditori competere. Quo loco solo refelluntur, quae Gans Obl.-R. p. 208 sqq. hac de re conscripsit; ad quem vide Mühlenbr. Heidelb. Jahrb. v. 1821. p. 73.

„nihil praestabit; plane repromittere eum oportet, „si in potestatem suam pervenerit, restituturum."

Jubeo te servum emere: hoc esse mandatum, nulla est dubitatio; saepenumero enim mandatum ita contrahitur, ut alter, alterum negotium pro se gerere, jubeat; omnium saepissime autem accidit, ut alter alteri aliquid emendum mandet, cujus rei testis est totus titulus Digestorum, XVII, 1. „Mandati vel contra." Et si quidem tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas et actionibus cedas, quae forte ex emtione tibi competant [7]): habebis autem mandati contrariam actionem de pretio recuperando, et si quid praeterea mandati exsequendi gratia expenderis [8]). Neque tamen necesse erat, ut tuo pretio hominem comparares: poteram enim tibi pecuniam dare, qua emeres [9]): amplius: poteris etiam agere mecum, antequam emisti, vel pretium dedisti, ut vel pretium tibi de meo suppeditem, vel obligationem suscipiam, quae venditori adversus te competit [10]).

Quibus praemissis hunc casum pono: Mandavi tibi, ut hominem emeres; dedi tibi pecuniam, qua comparares; poenitet me mandati, et, re adhuc integra, revoco illud: nulla est dubitatio, quin actione mandati repetere possim pecuniam, quam in hoc solum tibi dedi, qua hominem comparares [11]). — Et si quidem tibi mandavi, ut homi-

7) fr. 8. §. 10. mand. 8) fr. 12. §. 9.; fr. 27. §. 4. eod.
9) fr. 12. §. 9. mand. c. 16. C. eod.
10) fr. 12. §. 17.; fr. 45. pr. mand.
11) Arg. fr. 27. §. 1.; fr. 30. mand. c. 16. C. eod. fr. 11. d. cond. c. d. c. n. s.

nem emeres, ipso jure hoc actum intelligitur, ut emtum mihi restituas; possum autem tibi mandare, ut emtum non restituas, sed manumittas, quo casu duplex quodammodo mandatum contrahitur: unum, ut emas, cui id sua natura inest, ut servum mihi restituas, alterum, ut manumittas, quo de priore derogatur aliquid: unum tamen negotium gestum esse, dicendum est. Rursus me poenitet ejus, quod tibi mandavi, et pecuniam, quam tibi dedi, ut emeres, recuperare volo; denuntio tibi, ne emas; tu antequam scias, me vetuisse, emisti, et statim manumisisti: mandati tibi obligatus ero, ne tu damno afficiaris [12]): quare pecuniam, acceptam, ut emeres, reddere non cogeris. At emisti quidem, nondum tamen manumisisti: an potero desiderare, ut servum mihi restituas, non manumittas? Quod verius esse videtur; nam cum totum mandatum revocare mihi licuisset, cur non et partem [13])? Ergo res in eum statum rediit, unde erat profecta, et tu mihi teneris, ut servum restituas, id quod ab initio actum fuerat.

Totum hoc negotium, quod sic posui, intra mandati fines sese continere, nemo infitias ibit. Vix autem reperiri potest, quid differat a casu nobis proposito [14]); interest tamen aliquid, quod Ulpianum movere debebat, ut, potius condictione ob causam datorum, quam mandati actione utendum, censeret: dedi tibi simpliciter decem, ut servum emas; de servi pretio nihil statutum est; quare minoris emere potes, et cum nihil de pecunia, post emtum servum superstite, restituenda

---

12) fr. 15. mand. 13) Arg. fr. 7. §. 6. d. pact.
14) fr. 5. §. 2. d. cond. c. d. c. n. s.

convenerit, fieri potest, ut lucrum ex hoc negotio sentias: ergo tutius videbatur, ita agere, ac si negotium quoddam proprii contractus inter nos gestum esset, tale quidem: dedi Titio decem, ut servum emat, et emtum manumittat; et si quidem emere cesset, vel emerit quidem, sed manumittere detrectet, nulla est dubitatio, quin praescriptis verbis agere possim, ut solvat, quanti mea interest, vel emtum, vel manumissum esse servum [15]). At res non eo pervenit, sed poenitet me ejus, quod Titium facere jussi. Cum praescriptis verbis actio in hoc solum competat, ut conventioni stetur, condictione ob causam datorum mihi utendum est, ut decem, quae dedi, recuperem. Et si quidem nondum emtus est, poenitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecero: neque cessabit condictio, si nihilominus emerit, postquam hoc ei nuntiavi [16]): si vero jam sit emtus, poenitentia non facit injuriam ei, qui redemit: sed prorsus eodem modo, quo superiore casu, a nobis posito, postulare potero, ut pro decem, quae ei dedi, ipsum servum Titius restituat: hactenus enim poenitentia mea effectum habere potest. Hinc autem apparet, hîc quoque ab initio proprie id actum fuisse, ut servus emtus restitueretur. Condictione autem etiam ad servum recuperandum uti potero; Celsus [17]) enim „interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus; utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico, vel hominem inde-

15) fr. 5. §. 2.; fr. 7. d. pr. verb.

16) Sic enim interpretanda puto verba: „ne, si postea emat, „damno afficiatur."

17) fr. 26. §. 12. d. cond. ind.

bitum, et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes."

Sic igitur res in eundem statum perducta est, quo superiore casu, quem intra mandati fines sese continere, vidimus; et cum hactenus uterque casus utique sibi responderit, pro certo affirmari posse videtur, utrumque prorsus iisdem principiis regi, si nunc quoque utriusque idem futurus sit eventus: Tenetur Titius, ut servum, quem emit, restituat, sed antequam restituat, servus decessit: nihil praestabit Titius, si modo per eum factum non est. Uti enim a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur [18]), sic nostro casu sufficit, si Titius culpa caret; id quod aperte statim demonstratur: „*Quodsi enim* „*fugit servus, nec culpa ejus contigit, qui redemit,* „*nihil praestabit; plane repromittere eum oportet,* „*si in potestatem suam pervenerit, restituturum.*" Prorsus idem de superiore casu valet; ab Ulpiano [19]) enim responsum invenimus: „Proinde si „tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, „teneberis mihi, ut restituas. — — *Sed et si ser-* „*vus, quem emisti, fugit, si quidem dolo tuo, tene-* „*beris; si dolus non intervenit, nec culpa, non tene-* „*beris, nisi ad hoc, ut caveas* [20]), *si in potestatem* „*tuam pervenerit, te restituturum.*" Ut jam constet,

---

18) c. 13. C. mand. fr. 23. d. R. J.

19) fr. 8. §. 10. mand.

20) De qua cautione conferenda sunt fr. 14. §. 11. Q. M. C. fr. 21. d. R. V. fr. 47. §. 3 d. leg. I. §. 1. I. d. div. stipul.

hunc quoque casum totum ad mandati similitudinem regi; ut etiam de hoc casu optimo jure contendere possimus, poenitentiam, quae locum habeat, ex ipsa hac cum mandato affinitate repetendam esse.

Jam igitur tertium casum aggredi licet, eumque difficillimum, quo poenitentiae fit mentio; qui quidem casus omnium saepissime apud ICtos commemoratur: si tibi dedi, ut servum tuum manumittas. Nam, si tibi dedero, ut Stichum manumittas, Ulpianus [21]), „si non facis, inquit, *aut* „*si me poeniteat*, condicere possum." Pergit: „Quid „si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? „Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit re„petitio, *nisi me poeniteat;* quodsi praeteriit, con„dici poterit [22])."

De hoc autem casu omnium maxime valet, quod supra de inverso ordine dixi, quo mandati materia procedat, qui efficiat, ut non tam mandatum, quam proprium negotium gestum esse videatur: nam si tibi mandem, ut servum tuum manumittas, mandati contraria actione servi, quem manumisisti, aestimationem tu statim a me repetes [23]); tantum enim mandati ratione tibi abest: quare res longe facilius procedit, si servi pretium statim tibi numero, ubi manumittere jussero. Et hoc saepissime factum esse apud Romanos, non solum ex plurimis Digestorum locis, sed etiam ex Terentii loco manifestum est, qui legitur in A-

---

21) fr. 3. §. 2. d. cond. c. d. c. n. s. 22) Vd. supra §. 23. p. 142.
23) fr. 16. mand. Possum enim tibi mandare, in tuo aliquid facias.

delphis, act. V. sc. VII. v. 15 — 20. [24]): Syrus, a Micione manumissus, rogat, Phrygiam quoque, uxorem suam, manumittat; Micio detrectat; sed Demea Micionem manumittere jubet mulierem, *argentum, quanti sit, offerendo.*

Possit tamen aliquis dicere, non tam mandati, quam emtionis simile negotium sic contrahi: pretii loco enim pecuniam datam, et per pactum emtioni adjectum cautum esse, ut servus non tradatur emtori, sed manumittatur. Hoc autem ab his nostris casibus alienum esse, statim apparebit. Constat ex fr. 38. §. 1. d. liberal. caus. et c. 4. C. si manc. ita fuer. alien., servum, pro quo dominus *pretium* acceperit, ut eum statuto tempore manumitteret, domino moram libertati repromissae adhibente, ex constitutione divi Marci ex vestigio servitutis ad libertatem rapi. Tanta autem hujus constitutionis est vis, ut, si servum ea lege vendidisti, ut manumitteretur, et, si manumissus non esset, centum aurei solverentur, non servata fide servus ipso jure fiat liber, nec pecunia, quasi rupta fide suscepta, recte petatur, cum legis vigore res eo perducta fuerit, ut conditio pro impleta ha-

---

24) . . . . *Syrus:* . . utinam hoc perpetuum fiat gaudium,
Phrygiam ut uxorem meam una mecum videam liberam.
*Demea.* Optumam quidem mulierem. *Syr.* et quidem tuo nepoti, hujus filio,
Hodie primam mammam dedit haec. *Dem.* hercle vero serio,
Si quidem primam dedit, haud dubium est, quin emitti aequom siet.
*Micio.* Ob eam rem? *Dem.* ob eam: postremo a me argentum, quanti est, sumito.

benda sit [25]). Jam vero omnibus his nostris casibus dictum invenies, si tibi decem dederim, ut Stichum manumittas, et cessaveris, vel praescriptis verbis me agere, ut solvas, quanti mea intersit, Stichum manumissum esse, vel condicere tibi, ut decem reddas. Ergo his casibus servus ipso jure liber factus non est: ergo minime pretii loco numerata est pecunia; sed, cum totum negotium ad mandati similitudinem conformatum sit, servi aestimatio eum ob finem data dicenda est, ut indemnis servetur, qui manumittere jussus est.

Vidimus autem tam praescriptis verbis actionem, quam condictionem cessare, si res sine dolo et culpa ejus, qui manumittere debebat, in eam conditionem pervenerit, ut servus manumitti nequeat; at vero his casibus poenitentiae est locus [26]): ea autem omnia, quae de periculo valent, longe aliis principiis reguntur, si propterea condicitur, quod eum, qui dedit, poenituit [27]). Aperte enim hoc testatur Ulpianus, fr. 5. pr. d. cond. c. d. c. n. s.:

„Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, „deinde parato tibi ad proficiscendum conditio „temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo „minus proficisceceris, an condici possit? videndum. *Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei, „qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum „est,* nisi forte tua intersit, non accepisse te ob „hanc causam pecuniam."

---

25) c. ult. C. si manc. ita fuer. alien.

26) id quod ex fr. 3. §§. 2. 3. d. cond. c. d. c. n. s. apparet.

27) Consentit Mühlenbruch, doctr. §. 362. nro. 4.

Quapropter Ulpianus, si §§. 3. 4. ejusdem fr. 5. quaerit: an condicere possim pecuniam, quam acceperis, ut servum manumittas, si is fugerit vel decesserit prius, quam manumittatur, neque tu vel dolo vel culpa quidquam admiseris, neque in mora fueris? de hac tantum condictione loquitur, quae propter poenitentiam competit. Neque tamen una hujus quaestionis est decisio, sed pro casuum varietate discrimen statuendum videtur:

Nam vel hac mente [28]) a me tibi datum est, ut damnum ex ipso negotio statim emergens sarcirem: quo casu cessat condictio, quae competit, nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam: vel eum ob finem dedi, ut tum demum indemnis serveris, cum manumiseris: quo casu condictio competit, nisi negotium vel fugae, vel morti servi occasionem praebuerit.

Id enim sibi voluisse videtur Ulpianus, ita discernendo: „*Et si quidem distracturus erat hunc* „*servum, et propter hoc non distraxit, quod acce*„*perat, ut manumittat,*" deinde servus fugit, „*non* „*oportet ei condici.*" Hoc casu enim simul atque promitteret, servum a se manumissum iri, pretio carebat, quod ex distractione percipere poterat [29]). „*Plane cavebit, ut, si in potestatem suam pervenerit* „*servus, restituat id, quod accepit, et eo minus,* „*quo vilior factus est servus propter fugam*": hoc enim damni ex negotio gesto in eum redundavit:

28) Quanti enim momenti sit, quoad condictionis causam discerni, qua mente datum sit, tum ex fr. 2. §. ult. d. donat., tum ex c. 6. C. d. cond. ob caus. dator. et fr. 18. §§. 1. 2. d. donat. apparet.

29) Cfr. fr. 15. §. 3. d. R. V. fr. 47. §. ult. d. legat. I.

etenim cum forte, statim, uti voluit, distrahendo, decem pretium servi accepisset, nunc, postquam semel fugit servus, fortasse quinque tantum pretii nomine accipere poterit. „*Plane si adhuc, eum ma-„numitti, velit is, qui dedit, ille vero manumittere „nolit, propter fugam offensus, totum, quod accepit, „restituere eum oportet.*“ Et merito; hic enim condictio datur, non quod poenituerit eum, qui dedit, sed quod facere detrectet is, qui manumittere debebat, quo casu etiam praescriptis verbis actio competeret [30]. „*Sed si eligat is, qui decem dedit, „ipsum servum consequi, necesse est, aut ipsum ei „dari, aut, quod dedit, restitui.*“ Puto tamen, hoc directa actione peti non posse, — neque enim hoc actum erat inter partes, — sed tantum condictione ob causam datorum viam ad hoc parante [31]: nihil enim ejus, qui pecuniam acceperat, intererat, utrum servum manumitteret, an ei, qui decem dedit, restitueret.

Pari modo autem condictio denegatur, si hoc casu servus non fugerit, sed decesserit; quin vel minus etiam competit: nam servus fugitivus quidem recuperari potest, mortuus nunquam. Ulpianus autem hunc casum tractans [32]), non solum si distracturus erat hunc servum, qui pecuniam accepit, ut manumitteret, nihil eum refundere debere, tradit, *sed etiam quo ipso usurus:* quo indicatur servum ipsi necessarium fuisse, et pecuniam datam esse, ut damnum sarciretur, inde in manumissorem redundans, quod operis servi cariturus

30) Arg. fr. 7. d. pr. verb.

31) ergo quod nos diceremus: „durch indirecten Zwang.“

32) fr. 5. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s.

esset: plus arbitror, operis servi jam caruisse, cum appareat, eum jam ad Praesidem profectum fuisse, apud quem manumitteret, et in itinere servum decessisse.

Sic autem firmatur, quod dixi, his casibus pecuniam datam repeti non posse, quia aliter ex hoc negotio damnum in eum redundaturum esset, qui pecuniam accepisset: quare altero illo casu, quem posuimus, longe aliis principiis tota haec res regitur: „*nam si neque distracturus erat hunc* „*servum, neque quo ipso usurus, oportet id, quod* „*accepit, restitui*“; ipsi enim adhuc servum fugisse, vel obiisse, Ulpianus dicit; idem hoc enim accidisset, etsi non accepisset, ut manumitteret. Quare, „*si forte diligentius eum habiturus esset, si non* „*accepisset, ut manumitteret, vel si forte profectio* „*manumissionis gratia morti causam praebuit, ut si* „*vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in sta-* „*bulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo* „*modo, quo non perisset, nisi manumissionis causa pro-* „*ficisceretur*,“ utique cessat repetitio. Quis autem non videt, totam hujus negotii decisionem iisdem principiis regi, quibus in mandato semper id agitur, ut indemnis servetur mandatarius? Vix enim dubitare possumus, quin omnibus his casibus, quibus ei, qui accepit, ut manumitteret, ejus, quod accepit, retentio conceditur, mandatario vel contraria mandati actio competiisset, si quidem simplex mandatum servi manumittendi contractum fuisset. Constat enim, ubicunque procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset, mandati contrariam actionem competere [33]): ut equidem minime

33) fr. 63. §. 5. d. furt.

dubitem, hoc quoque casu poenitentiam propter arctissimam hanc cum mandato affinitatem concessam fuisse [34]).

---

34) Ex iis autem, quae de tota hac causa hic nobis tradita sunt, apparet, eo quoque casu, qui fr. 3. §. 3. d. cond. c. d. c. n. s. proponitur, mortuo Sticho, pecuniam condici potuisse, cum mihi poenitere liceret; ut igitur Proculum nonnisi de condictione, propter causam non secutam competente, cogitasse, dicendum sit. His positis collabitur, quod Retes tradit, §. 4. illius fr. 3. condictionem, sive praescriptis verbis actionem dari, quod haud dubie, causa secuta, is, qui manumittere debebat, initium obligationi praebuerit. Quod verum esset, si contenderet, servum manumissum fuisse, postea decessisse. At vero alio modo illud efficere studet: (de hac ejus sententia conferantur: Op. Lib. II. Sect. I. c. 4. nro. 6. 7. c. 9. nro. 9. S. II. c. 7. nro. 2—6.) distinguendum, dicit, inter eum, qui teneatur facere aliquod factum, ex quo mihi utilitas resultet, et eum, qui teneatur facere aliquid, ex quo nihil commodi pecuniarii reportem. Priore casu utilitatem me quaerere, altero obsequium: priore casu pecuniam utique me repetiturum, licet haec causa, pro qua pecunia data erat, sine culpa tua fortuito casu secuta non sit; altero repetitionem ejus pecuniae non fore, cum mihi sufficere debeat, te paratum fuisse, voluntati meae parere. Non solum autem, distinctionem illam falsam esse, ex fr. 2. §. ult. d. donat. apparet, sed etiam, quod Retes inde efficit, a vero abhorrere, hinc constat, quod, cum dedi, ut faceres aliquid, in negotiis locationis similibus, ejus, quod dedi, repetitio non est, contra in negotiis mandati similibus conceditur, etsi id, quod facere debebas, nihil omnino ad meam utilitatem respiceret, cum liceat ei poenitere, qui dedit: cujus rei testimonium praebent ea omnia, quae inde a §. 22. a nobis disputata sunt. — Ex his tamen, quae sic posuit, Retes efficere vult, quae de §. 4. hujus fr. 3. d. cond. c. d. c. n. s. contendit; cujus rei hanc rationem

Idem hoc autem de ultimo casu valet, quo poenitentia commemoratur, dico fr. 5. pr. d. cond. c. d. c. n. s. Nam ibi quoque eatenus tantum datur condictio, quatenus res adhuc integra est; ibi quoque apud eum, adversus quem condictio movetur, omnia remanent, quae vel mandati contraria actione petere potuisset, si mandatum proprie contractum fuisset. Constat praeterea, negotium tale esse, quod secundum mandati regulas regendum sit: nam si is, qui accepit pecuniam, operam suam locare voluisset, dubium non est, quin proprie locatio et conductio operarum contracta fuisset: operae enim, quae hîc praestantur, tales sunt, quae etiam locari possint: et pecunia mercedis locum obtineret. Sed cum poenitentia, et propter eam condictio locum habeat, constat, hoc negotium a locatione operarum alienum esse. Quare dicendum

instituit: Quod si decem tibi dedi, ut Stichum intra certum tempus manumittas, et Stichus antea decesserit, repetitio ejus pecuniae non erit, quia verum est, te voluntati meae parere voluisse; ergo causa, propter quam dedi, secuta est; ergo, cum voluntati tuae paruerim et promissa praestiterim, praescriptis verbis agere potero, ut mihi pecuniam des, quam promisisti. — At, cum hoc casu poenitere liceat ei, qui dedit, Retes neque fr. 8. §. 7. d. cond. inst. in auxilium vocare poterit, neque effugere notissimam illam regulam, eum, qui vel ejus, quod dederit, repetitionem habeat, multo magis ejus, quod promiserit, retentionem habiturum esse, ut agentem exceptione repellat. Arg. c. 3. C. d. cond. ind. fr. 125. d. R. J. Cfr. fr. 1. §. 1.; fr. 13. cond. c. d. c. n. s. cum fr. 3. §. 2. d. collat. bonor. Ut necessitate quadam dicendum sit, quod antea diximus, servum post manumissionem factam demum decessisse: quare hic casus similis videtur ejus, qui fr. 15. d. pr. verb. ab Ulpiano proponitur.

videtur, negotium gestum non esse locationem, quia pecunia non mercedis loco data sit; non esse mandatum, quia statim initio data sit pecunia, quae in mandato postea, si expensa fuisset, mandati contraria actione peti potuisset, quod praeterea sic fieri potuerit, ut is, cui Capuam eundum erat, non omnem pecuniam consumeret, et sic lucrum sentiret; quae omnia a mandati indole aliena erant. — His praemissis, ipsius loci[34]) interpretatio difficultatem non movet: Dedi tibi pecuniam, ut *pro me* Capuam eas, nam si non mea, sed tua causa eundum erat, vel donatio, vel mutui datio existeret, a quibus id, quod actum est, longissime abhorret. Casu fortuito accidit, ut proficisci nequeas: quaeritur, an condici possit pecunia? Et cum per te non steterit, secundum communes hujus condictionis regulas potest dici, repetitionem cessare: at vero hic casus talis est, in quo poenitere liceat; ubi autem poenitentia concessa est, condictio nascitur, etsi per te minime steterit, quo minus feceris, quod tibi faciendum erat. Procul dubio igitur repetetur id, quod datum est, nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc rem pecuniam: nam cum non tua, sed mea gratia profectionem suscipere volueris, ante omnia tibi indemnitas a me praestanda est, neque fas est, te forte, redditis, quae accepisti, minus locupletem esse, quam futurus fuisses, si nunquam profectionis gratia pecuniam a me accepisses. Quod accideret, si tu, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumtus ad profectionem necessarios

35) cujus initium vide supra p. 157.

jam feceris, ut manifestum sit, te plus forte erogasse, quam accepisti. Quapropter hoc casu utique cessabit condictio; et merito: nam si nihil accepisses, sed simpliciter tibi mandatum fuisset, ut Capuam ires, neque profectus esses, quia mandator mandatum revocasset, sumtus tamen profectionis gratia jam fecisses, vel alia incommoda sentires, quae aliter tibi non obvenissent, harum rerum nomine etiam actio tibi competiisset: quare multo magis nunc agentem repellit exceptio. Sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti. Unde apparet, non fuisse id actum inter nos, ut tu, qui pecuniam acceperis, lucrum ex negotio perciperes, sed potius eum ob finem datam esse, ut sumtus ad profectionem necessarios sufferres: quo fit, ut propius etiam ad mandati naturam accedat, quod gestum est.

Cum praeter hos locos, quos latissime pertractavimus, nulli prorsus ex eorum numero, quibus praescriptis verbis agendum est, inveniantur, quibus poenitentiae mentio fiat: cum hi casus omnes natura sua proxime ad mandati formam accedant, et per omnia secundum mandati regulas regantur: cum igitur his casibus poenitentia eodem jure concessa sit, quo in mandato, neque quidquam singulare habeat: nulla superesse videtur dubitatio, quin ad ceteros contractuum innominatorum casus extendi nequeat, quod ex speciali et intima eorum negotiorum, quae modo recensuimus, natura profectum est. Cum autem in mandato hodie etiam poenitere liceat, his quoque casibus, qui ad mandati similitudinem reguntur, hodie

poenitentiam competere, dicendum sit, quae in reliquis casibus nunquam videatur competiisse.

## §. 25.

Cum in reliquis contractibus, tum in societate fieri potest, ut aliquid eorum, sine quibus societas consistere nequit, desideretur, nihilominus autem non solum negotium gestum esse, sed etiam ipsum hoc negotium secundum societatis regulas dijudicandum esse, dicendum sit, ex communi illa omnium contractuum regula: primo loco eorum rationem habendam esse, de quibus aperte convenerit inter partes, secundo eorum, quae naturaliter inesse videantur negotii contracti naturae [1]). Secundum haec: *si areae meae dominium tibi dedero, ut, insula inaedificata, partem mihi reddas* [2]), Julianus recte censet, neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Quare in factum, putat, agendum, id est praescriptis verbis.

Quaeritur autem, quid veniat in hanc actionem? Et cum areae dominium in te translatum sit, possit dici, te et improvisum casum praestare debere et omnimodo teneri, si vel partem areae non reddas, vel partem quidem reddas, insulam autem non inaedificaveris, vel si insula, antequam eam tradideris, combusta fuerit: quod tamen alienum esse ab hoc negotio, equidem dixerim. Nam *si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit, te sic inaedificare, ut communicaretur vel ipsa,*

1) fr. 11. §. 1. d. A. E. 2) fr. 13 §. 1. d. pr. verb.

*vel pretium*, erit societas, idemque et, *si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.* Quis autem non videt, priore illo casu, ex quo praescriptis verbis agendum dicitur, rem postremo fine prorsus eodem perduci, quo in his negotiis, quae intra societatis fines sese continent. Neque solum postremo casu demum haec negotia omnia sibi prope consentanea sunt, sed etiam tota rei gerendae ratio sibi proxime respondet: nam in utroque negotio alter rem praestat, alter operam exhibet; societatem autem, altero pecuniam sive rem conferente, altero operam posse contrahi, magis obtinuit [3]). Quapropter etsi nihil hac de re expressum sit, equidem tamen minime dubito, praescriptis verbis actionem, ex hoc negotio oriundam, effectu suo ad actionem pro socio proxime accedere, et hîc quoque dissolvi obligationem rei interitu, quae quodammodo in societatem deducta est [4]).

## §. 26.

Mirum in modum autem ea, quae praescriptis verbis actioni inesse, per totam hanc disputationis partem contendimus, iis confirmantur, quae de praescriptis verbis actione aestimatoria nobis traduntur. — Haec actio dubitationis tollendae gratia proposita est. Fuit enim ingens dubitatio [1]), cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato,

3) §. 2. I. d. societat.

4) fr. 63. §. ult. pro soc. Eadem haec valent omnia de altero illo casu, fr. 13. §. 1. d. pr. verb. proposito.

1) fr. 1. pr. d. aestimat.

quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati, an pro socio [2])? Melius itaque visum esse, Ulpianus tradit, hanc actionem proponi: quoties enim de nomine contractus alicujus [3]) ambigeretur, conveniret tamen, aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: esse enim negotium civile gestum. Quaeritur autem, quid veniat in actionem, quam bonae fidei esse, supra jam commemoravimus? Quae quidem quaestio primo aspectu secundum ea, quae nos de horum negotiorum natura disseruimus, maximam difficultatem videtur movere. Nam cum hoc negotium ad diversissimos contractus conformatum sit, nullo pacto videtur fieri posse, ut haec actio omnes illos contractus simul eodem tempore imitetur.

At vero singulis quibusque casibus animadvertendum est, quid actum sit inter partes: nam eo ipso, quod de omnibus illis contractibus ambigi poterat, declaratur, non semper eandem hujus negotii indolem esse. Actio autem praescriptis verbis secundum ejus contractus naturam conformanda erit, cui proxime respondet id, quod actum est. Hoc autem non sine ratione a nobis positum esse, ut rem secundum nostram qualemcumque sententiam conformemus, statim apparebit. Antea tamen explorandum videtur, qua ratione hoc negotium a contractibus istis recedat: et de actione ex vendito cogitari poterat propter aestimationem; ubi enim

---

2) fr. 13. pr. d. pr. verb. fr. 44. pro soc.

3) scilicet ex eorum numero, de quibus in re aestimata vendenda data ambigeretur.

res aestimatae dantur, hoc negotium ad emtionem et venditionem ita proxime accedere potest, ut, de rebus, quae aestimatae in dotem dantur, si quidem aestimatio venditionis gratia facta sit, tam ex emto [4]), quam ex vendito [5]) agi posse, certum sit; quare omnis obligatio secundum emtionis venditionisque naturam conformatur, et praesertim periculum spectat eum, qui rem aestimatam accepit [6]). Ubi autem res aestimata vendenda datur, non utique id actum videtur, ut emtio contrahatur; positum est enim in arbitrio ejus, qui rem accepit, utrum rem ipsam reddere velit, an ejus aestimationem: quare plus petere videretur, qui, cum rem aestimatam dedisset, actione ex vendito pretium rei consequi vellet [7]). — Quo minus autem, locationem et conductionem factam esse, censeamus, duplice ratione impedimur: primum omnium, quia merces certa esse debet [8]), cum hoc loco is, qui rem aestimatam vendendam accepit, id tantum mercedis loco habiturus sit, quo pluris rem vendiderit, quam aestimata est. Potest tamen merces intervenire, et tunc haud dubie, vel ex locato, vel ex conducto erit actio? At vero hoc quoque casu praescriptis verbis actio utilis est [9]); merito enim dubitari potest, num tale

4) fr. 14.; fr. 15.; fr. 16. pr. d. jur. dot. c. 5. c. 10. C. eod.
5) fr. 12. §. 1. eod.
6) fr. 20. d. jur. dot. Cfr. loci modo laudati.
7) Gaj. IV. 53. 8) Vd. supra §. 22. p. 132.
9) Nescio an sic rectius explicem huuc locum, fr. 2. d. aestimator., quam ii, qui ex eodem praescriptis verbis actionem *contrarium* mercedis nomine deducere voluut. Vd. Glück. T. XVIII. p. 74 sq. Mühlenbr. doctr. §. 432. not.

sit factum, quod locari possit. — Saepissime autem mandatum ita contractum invenimus, ut res alicui vendenda tradatur [10]): ergo hîc quoque mandatum contractum videri possit? Cum autem rem pluris vendere possis, quam aestimata est, neque necesse habeas, quo pluris vendideris, restituere mandatori, lucrum ex negotio sentire potes: mandatum autem, nisi gratuitum, nullum est [11]). — Quare cum uterque lucrum ex hoc negotio sentiat, cum alter rem, alter operas suas exhibeat [12]), pro socio actionem competere, dicas: attamen societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis [13]), sed sibi certum pretium excepit. Itaque non solum propterea praescriptis verbis agendum est, quod dubitari possit, qua potissimum ex earum actionum numero agendum sit, sed, quamvis de eo constet inter partes, quale negotium contrahere voluerint, nihilominus tamen utique deest aliquid, quod impediat, quo minus actione, ex uno horum contractuum competente, agi possit.

Jam vero contendimus, ex eo, quid potissimum agere voluerint partes, aestimandum esse, quid veniat in praescriptis verbis actionem aestimatoriam: quod idem valeat, oportet, si quidem partes non distincte de certo quodam negotio cogita-

---

10. Quod tamen neque ipsius loci verbis, neque iis convenire videtur, quae de praescriptis verbis actionis natura traduntur.

10) fr. 57. mand. fr. 19. d. pr. verb. fr. 34. mand. fr. 11. d. R. C.

11) fr. 1. §. 4. mand. fr. 24. d. pr. verb.

12) §. 2. I. d. locat. 13) fr. 13. pr. d. pr. verb.

verunt, ex tota autem rei gestae ratione apparet, quo potissimum negotium contractum inclinet. Quod nunc probandum est. Elici enim potest haec sententia ex Ulpiani loco quodam [14]), qui hanc quaestionem proponit:

„Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut „eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde „haec perierint ante venditionem, cujus periculum „sit?"

Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit:

*„si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse „periculum;"*

quare de hoc casu valet, quod fr. 1. §. 1. d. aestimator. Ulpianus [15]) contendit: „aestimatio au„tem periculum facit ejus, qui suscepit;" et alio loco, fr. 5. §. 3. commod. [16]): „et si forte res ae„stimata data sit, omne periculum praestandum „ab eo, qui aestimationem se praestaturum rece„pit." Apparet enim tum ex tota rei gestae indole, id, quod actum est, ad venditionem potius respicere, tum vero etiam ex ipsis Ulpiani verbis idem effici potest: *„ego enim* (scrutarius) *te vendi„torem* [17]) *rogavi;" „aestimationem me praestaturum*

---

14) fr. 17. §. 1. d. pr. verb. (Ulp. libr. XXVIII. ad Edict.).

15) Ulp. libro. XXXII. ad Edict.

16) Ulp. libr. XXVIII. ad Edict.

17) Quoad hujus loci sententiam nulla prorsus differentia introducitur Florentina lectione *„ego te venditor rogavi."* Aut enim, vocem *„venditor"* vocativo casu positam esse, dicendum est, aut, si hunc locum ita excipiendum dicamus: *„ego venditor te scrutarium rogavi,"* quod secundo loco Ulpianus posuit *„si tu me, tuum"* ita intelligendum erit: *„si tu scrutarius me venditorem rogasti,"* ut, inverso ordine, res ad idem redeat. Cum autem res nobis melius

*„recepi,“ „quae periculum faciat ejus, qui suscepit:“* denique ex ipso effectu apparet, hoc casu venditionis causa aestimationem factam esse; nam si res in dotem dantur non venditionis, sed taxationis gratia, hoc casu periculum non spectat eum, qui res aestimatas accepit, sed eum, qui dedit [18]). Contra si res venditionis gratia aestimatae fuerint, periculum utique spectat eum, cui res aestimatae traditae sunt [19]).

*„si tu me, tuum;“*

et recte: hoc enim casu res ad mandatum potius respicit, quod semper ejus potissimum utilitatem contineat, qui aliquid faciendum mandavit [20]). Quare de hoc casu valet, quod a nonnullis [21]) in universum contenditur: si me hujus contractus poeniteat, et res nondum vendita sit, ipsam rem me repetere posse. Cum autem rei dominium in te transtulero, per condictionem ob causam datorum hoc fieri poterit [22]). At vero rei dominium apud me remansit; quaeritur: qua actione res tradita repetenda sit? Et si quidem aperte inter nos convenit, rem traditam repetere mihi licere, haud dubie praescriptis verbis actio in hoc competet [23]): si vero nihil hac de re convenerit, du-

procedere videretur, eum Haloandro et Vulgata „ego te „venditorem rogavi“ legentibus, non dubitavimus, quin hanc lectionem sequeremur, quamvis Florentina lectio et ipsa habeat, quo defendi possit.

18) c. 21. C. d. jur. dot. Glück, T. XXV. p. 26 sq.

19) Vd. supra not. 4. 20) fr. 2. fr. 3. mand.

21) Glück T. XVIII. p. 64. not. 56. Mühlenbr. doctr. §. 432. not. 8.

22) Arg. fr. 5. §§. 1. 2. d. cond. c. d. c. n. s.

23) Arg. fr. 8. d. pr. verb.

bitari possit. Et cum praescriptis verbis actio in hoc tantum competat, ut conventioni stetur, negandum videtur: at praescriptis verbis actio aestimatoria bonae fidei est; in bonae fidei negotiis autem potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum esse, constat [24]): quare tam hoc casu, quam illo, quo dominium rei transiit in accipientem [25]), praescriptis verbis actio ad distrahendum quoque negotium utilis erit [26]).

*„si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, „teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi prae„stes.“*

Hoc casu enim, cum statim ab initio negotium ad utriusque utilitatem spectet, res secundum locationis et conductionis, vel etiam societatis [27]) regulas dijudicanda erit, quibus haec probe conveniunt [28]).

Sic autem non solum omnis dissensio, quae inter locos hîc adhibitos inveniri possit, sublata, sed etiam tota haec res, secundum communes regulas, a nobis propositas, illustrata est: quae cum iis, quae de hoc negotio ab ICtis traduntur, probe responderint, non sine ratione hujus paragraphi initio me dixisse, puto: his ipsis regulas istas egregie firmari.

---

24) fr. 6. §. 1. d. C. E. 25) Arg. fr. 27. §. 1. mand.
26) Arg. fr. 11. §. 6. d. A. E. 27) Arg. fr. 13. d. pr. verb.
28) fr. 5. §. 2. commod. fr. 23. d. R. J.

## SECTIO III.

Quae eos casus continet, quibus obligationis materia intra ejus legis fines consistit, qua praestitum est.

### §. 27.

Superest, ut de tertio casuum genere loquamur, quibus praescriptis verbis actio datur: quorum quidem id proprium est, quod in iis pactio vi sua proxime ad stipulationis effectum accedit; in quibus igitur praescriptis verbis actio iisdem fere regulis consistit, quibus actiones incerti ex stipulatu, neque quae naturaliter insint cujusque judicii potestate, ex comparatione cum contractibus, certa et definita forma praeditis, erui potest. Cujus rei haec ratio reddi poterit: vidimus, apud Romanos hoc usquequaque observatum esse, nudam pactionem obligationem non parere [1]). Pari autem modo vidimus, eos contractus omnes, qui proprio nomine et propria actione gaudebant, suam formam et speciales leges consecutos esse, quarum fines excedere, nemini licebat. Licet autem plures contractus parati essent, qui sua natura quodvis negotium in se recipere, et suis viribus munire poterant [2]), e quorum numero sola stipulatio ad nostra tempora pervenit, nihilominus tamen tota haec obligationum ex contractu oriundarum materia maximis angustiis laborabat, neque civium commercio sufficere poterat. Quae angustiae duplice ratione dilatatae fuisse videntur: pri-

1) fr. 7. §. 4. d. pact. c. 27. C. d. locat.
2) Vd. supra §. 11.

mum ea sententia recepta, pacta conventa, in continenti adjecta, inesse bonae fidei judiciis [3]); deinde ea ratione obtinente: in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere; quod quidem manifestissimum esse, Gajus, *libro III. ad legem duodecim tabularum*, declarat [4]).

Quae quidem ratio, cum quam facillime extendi posset, ad quamlibet praestationem, certa lege factam, protracta est: quibus casibus omnibus cum pactum nudum minime adesse censeretur, praescriptis verbis actio data est, quoties contrahentes sibi stipulatione non prospexissent. Talem enim hujus rei rationem fuisse, plurimis locis comprobatur, quorum nonnullos in meliorem hujus rei probationem apponam:

c. 6. C. d. rer. perm. (Impp. Diocletianus et Maximianus *Protogeni*).

„Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem, juris auctoritas demonstrat."

---

3) fr. 7. §. 5. d. pact. c. 13. C. eod.

4) fr. 48. d. pact. Licet forte Gajus respexerit ad legem duodecim tabularum: „*Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*;" nulla tamen omnino est ratio, cur, hoc loco interpolationem a Triboniano factam esse, censeamus, ut pro „*mancipationibus*" posuerit „*traditionibus*." Ex quo enim traditionis in plurimis rebus idem erat effectus, qui mancipationis, optimo jure ad traditionem transferri poterat, quod olim de mancipatione cautum fuerat. Praeterea plurimis exemplis probari possit, hanc rationem posteriore certe tempore in universum obtinuisse. Id tamen constat, ubi specialis cujusdam negotii forma et modus adversatur, hujus sententiae vim nullam esse. Cfr. etiam Noodt, de pact. et transact. c. XII. i. f.

fr. 45. D. d. pact. (Hermogenianus, *libr. II. Epitomar.*).

„Divisionis placitum, nisi traditione, vel sti-„pulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum „pactum, nulli prodesse poterit."

c. 9. C. d. donat. (Impp. Diocl. et Maxim. *Augustianae*).

„Legem, quam rebus tuis donando dixisti, „sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, „sive non, incerti judicio, id est praescriptis ver-„bis, apud Praesidem provinciae debes agere, ut, „hanc impleri, provideat."

c. 22. C. eod. (Iidem AA. et CC. *Diomedi*).

„Cum, res filio tuo emancipato ea conditione, „ut creditoribus tuis solveret, te donasse, propo-„nas, si stipulatione, vel in continenti habito pacto „huic rei prospexisti, creditoribus quidem non con-„tra eum ex placito vestro, sed adversus te com-„petit actio. Eum autem, cui certa lege praedia „donasti, incerti civili actione ad placitorum ob-„sequia urgeri secundum legem, donationibus di-„ctam, convenit."

c. 8. C. d. rer. perm. (Iidem AA. et CC. *Paulinae*).

„Ea lege rebus donatis Candido, ut, quod pla-„cuerat, menstruum seu annuum tibi praestaret, „cum hujusmodi conventio non nudi pacti nomine „censeatur, sed rebus propriis dictae legis sub-„stantia muniatur, ad implendum tibi placitum, „sicut postulas, praescriptis verbis competit actio."

c. 10. C. d. pact. (Imp. Alexander *Nicae*) [5]).

„Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna

5) Cfr. c. 1. C. d. pact. convent. tam super dote etc.

„dares, servari oportet. Nec obesse tibi poterit, „quod dici solet, ex pacto actionem non nasci; „tunc enim hoc jure utimur, cum pactum nudum „est, alioquin cum pecunia datur, et aliquid de „reddenda ea convenit, utilis est condictio."

fr. 8. i. f. D. d. pr. verb. (Papinianus, *libr. XVII. Quaest.*) Vd. supra p. 69. not. 4.

c. 6. C. d. transact. (Imp. Alexander *Pomponiis*).

„Cum, mota inofficiosi querela, matrem ve„stram cum diversa parte transegisse ita, ut par„tem bonorum susciperet et a lite discederet, pro„ponatis, instaurari quidem semel omissam quere„lam per vos, qui matri heredes exstitistis, juris „ratio non sinit, verum, si fides placitis praestita „non est, in id, quod interest, diversam partem „recte convenietis: aut enim stipulatio conventioni „subdita est, et ex stipulatu actio competit, aut, „si omissa verborum stipulatio est, utilis actio, „quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, „danda est."

c. 33. C. d. transact. (Impp. Dioclet. et Maxim. *Euchrusio*).

„Si pro fundo, quem petebas, praedium certis „finibus liberum dari, transactionis causa placuit, „nec eo tempore minor annis viginti quinque fui„sti, licet hoc praedium obligatum post, vel alie„num pro parte fuerit probatum, instaurari deci„sam litem prohibent jura. Ex stipulatione sane, „si placita servari secuta est, vel si non interces„serit, praescriptis verbis actione civili subdita „apud Rectorem provinciae agere potes." — —

Cujus rei cum simplicissima sit ratio, his casibus omnibus praescriptis verbis actione iisdem

regulis consistente, haec quidem materia ampliore disputatione egere non videatur: nihilominus tamen casus, in nostris fontibus propositos, paulo accuratius recenseamus, ne ulla hac de re superesse possit dubitatio. Quare in recensendis his negotiis rem ita instituamus, ut tum demonstremus, subesse iis rationem, modo a nobis traditam, tum ostendamus, re vera proprium genus, et a prioribus diversum ita constitui.

Primo autem loco de singulis quibusdam casibus, in hunc modum comparatis, agamus, deinde ad eos transeamus, qui propriam veluti speciem inducunt:

Omnium primus autem commemorandus videtur casus, fr. 8. d. pr. verb. a Papiniano propositus, si quidem dominus servum, cum furti, vel alius cujusdam criminis argueretur, quaestionis habendae causae aestimatum dederit: de quo loco cum supra [6]) latissime egerimus, hîc monuisse sufficiat, certo pretio servum aestimatum in quaestionem dari, *interposita stipulatione* receptum fuisse, id quod aliunde [7]) constat, et ipsis hujus fragmenti verbis finalibus declaratur; pactionis autem hîc eandem esse vim, quae stipulationis, quod certa lege servus traditus fuerit; praeterea hunc casum a ceteris omnibus, quos hactenus proposuimus, eo abhorrere, quod a contractibus omnibus, certa forma munitis, longissime recedat, neque cum ullo eorum comparari possit [8]).

6) §. 15. p. 69 sqq.

7) fr. 13. d. quaest. fr. 27. ad leg. Jul. d. adult. Paul. V, 16. §. 3.

8) Neque enim venditionis, sed taxationis gratia aestimatio facta est, id quod ex Pauli loco citato apparet.

Quod idem de casu, fr. 17. §. 5. d. pr. verb. [9]) ab Ulpiano proposito, statuendum videtur, qui talis est: Accepit aliquis annulos sponsionis causa sub hac lege, ut eos victori redderet; non reddit victori: praescriptis verbis actio in eum datur. Qui casus, cum simplicissimus videatur, maximis difficultatibus laborat, eam maxime ob causam, quod non satis constat, tum quis annulos acceperit, tum quid juris cum illo intércedat? Plurimi autem interpretes [10]) hunc locum ita intellexerunt, quasi annuli apud sequestrem depositi essent. Cui interpretationi primum omnium adversatur, quod Sabini sententia, qui quidem, condici et furti agi ex hac causa, putat, propterea ab Ulpiano rejicitur, quod victor ejus rei nomine, cujus neque dominium, neque possessionem habuerit, furti agere nequeat. Quae verba qui ad annulum, ab altera parte in medium collatum, restringenda putant, justo magis restringunt, quae Ulpianus dixit: Ulpianus enim generaliter sine omni restrictione loquitur. Praeterea idem de condictione ob turpem causam videtur cogitasse his verbis: „Plane „si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.“ In sequestrem autem dominium nunquam transit, possessio, si quidem hoc

9) „Si quis sponsionis causa annulos accepit, nec reddidit „victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec „enim recipienda est Sabini opinio, qui, condici et furti „agi ex hac causa, putat. Quemadmodum enim rei no„mine, cujus neque possessionem, neque dominium victor „habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis „fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.“

10) Glossa ad hunc locum. Retes Opusc. L. II. S. I. c. 4. Voet, commentar. ad Pand. tit. d. aleatorib. nro. 9.

actum est inter partes [11]): qua de re hic nihil traditum invenimus. Praeterea, si apud sequestrem annuli depositi essent, nihil impediret, quo minus sequestraria depositi actione victor uteretur [12]). Quare, rem alio modo gestam esse, dicendum est. Et Glück [13]) quidem, hoc actum esse, censet: Sponsionem contraximus; ego annulos tibi tradidi sub hac lege, ut, si tu victor exstiteris, annulos retineas, si ego victor exstiterim, non solum meos annulos mihi reddas, sed etiam parem numerum tuorum. Huic sententiae autem adversatur, quod verbis „sui annuli duntaxat repetitio erit" declaratur, non solum meos annulos in medium collatos, sed tam tuum, quam meum. Quare hunc locum ita expediendum esse proposuerim: Sponsione contendimus: uterque annulum suum pignus sive victoriae praemium ponit: quo facto non solum in incerto est, uter annulorum dominus futurus sit, sed magis etiam dicendum videtur, utrumque annuli sui dominum esse desinere, ut utriusque annulus, quamvis sub conditione, quasi pro derelicto habendus sit. Obtinuit enim contra Proculum existimantem, rem a domino pro derelicto habitam non desinere domini esse, nisi ab alio possessa fuerit, Juliani sententia, censentis, desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit [14]). Tali rerum condi-

11) fr. 17. §. 1. depos. fr. 39. d. poss. Savigny Bes. §. 25. Glück T. XV. p. 145. not. 2.

12) Arg. fr. 18. d. pr. verb. fr. 110. d. V. S. Mühlenbr. doctr. §. 389. not. 2.

13) Tom. XI. p. 350.

14) fr. 2. §. 1. pro derelicto. fr. 1. eod. §. 45. I. d. rer. div.

tione, Titium annulorum possessionem ea lege capere, jubemus, ut quandoque reddat eos victori: in hunc merito dominium et possessio annulorum transiisse dicitur, quam uterque nostrum omiserat: hic merito praescriptis verbis actione tenetur, quia certa lege ab utroque accepit. Quare sic sponsio effectum habere potest, quem aliter non producit, nisi stipulatione firmata sit [15]).

Pari autem modo ad nullum contractuum illorum specialium, qui vocari possunt, referri poterit casus, fr. 9. d. pr. verb. propositus:

Papinianus, *libro XI. Responsor.*

„Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen „Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non „impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis „officio non vetus obligatio restaurabitur, sed pro- „missa praestabitur, aut condemnatio sequetur."

Quare hic quoque praescriptis verbis actio nullo alio fundamento niti potest, nisi eo, quod certa lege aliquid ad alterum pervenit. Acceptilatio enim effectu suo ita proxime ad dationem accedit, ut hoc casu vel ob rem dati obligatio, re non secuta nascatur [16]). Javolenus [17]) enim, nihil interesse, dicit, utrum ex numeratione pecunia ad alterum sine causa, an per acceptilationem pervenerit, quibus Javoleni verbis apparet, non contradicere sibi Papinianum [18]) et Ulpianum docentem [19]), si quis accepto tulerit debitori suo, cum

15) Mühlenbr. doctr. §. 427. not. 3. Non tamen haec singula ita acta esse, contendo; nihilominus rem ita intellectam esse, affirmandum putaverim.

16) fr. 4. d. cond. c. d. c. n. s. 17) fr. 10. eod.

18) fr. 9. d. pr. verb. 19) fr. 4. d. cond. c. d. c. n. s.

conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, condici posse ei, qui accepto sit liberatus. Namque hîc quoque non vetus obligatio, acceptilatione exstincta, restauratur, sed pecunia condicitur, quae ad eum pervenisse videtur, cui accepto latum est [20].

Et, si quidem *permisisti mihi, cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem, exemi, nec repleo,* hoc quoque casu certum esse, Pomponius [21] ait, civilem incerti actionem competere: quae quidem actio hîc quoque eam solam ob causam datur, quod certa lege tibi cretam eximere concessi, ergo certa lege dedi [22]. Ex hoc autem Pomponii loco omnium luculentissime apparet, praescriptis verbis actionem ex ejus solius parte consistere, qui proprie alteri praestitisse aliquid videatur. Nam si locum, unde cretam exemi, replevero, nec patiaris, me cretam tollere: non praescriptis verbis actio mihi datur, quasi fecerim, ut tu mihi des aliquid, — re vera enim nihil tibi praestiti, — sed quia quodammodo traditione mea facta est creta, ad exhibendum agam, ut cretam me tollere patiaris [23]. — Quae eadem ratio impedire videtur, quominus praescriptis verbis agere possim, si quidem permisseris mihi, ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem, ego severim, nec tu patiaris, fructus me tollere [24]. Tantum abest enim, ut tu dedisse mihi aliquid videaris ea lege, ut aliquid contra praestarem [25],

20) Retes, Opusc. L. II. S. II. c. 1. nro. 3.

21) fr. 16. pr. d. pr. verb. 22) Cfr. fr. 6. d. donat.

23) Cfr. fr. 6. cit. 24) fr. 16. §. 1. d. pr. verb.

25) id quod Voet ad h. t. existimat.

ut nullum negotium ita inter nos contractum sit: id enim Julianus [26]) manifesto declarat hoc exemplo allato: si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictioni indebiti locum non fore, quia nullum negotium inter nos contraheretur. Nam eum, qui indebitam pecuniam solvat, hoc ipso aliquid negotii gerere, cum autem aedificium, in area sua ab alio positum, dominus occupet, nullum negotium contrahi. Quapropter etsi is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem minime habiturum, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere inciperet. Prorsus eodem jure autem, quo Julianus hoc casu condictionem indebiti denegat ei, qui aedificavit, et solam retentionem concedit, ut impensas servare possit, Pomponius nostro casu non solum in factum actionem civilem, sed etiam praetoriam denegat, et solum de dolo actionem competituram docet, ubi dolus aliquis arguatur.

## §. 28.

Uti autem casus, fr. 16. pr. d. pr. verb. tractatus, proxime donationem respicit, sic etiam praescriptis verbis actio, quae interdum ex donatione, sub modo contracta, datur, ut modus impleatur, huc pertinet. Datur haec actio ei, qui certa lege aliquid donavit; datur, ut, quod placuerat, is, cui donatum est, praestet: hujusmodi enim conventio non nudi pacti nomine censetur, sed rebus propriis dictae legis substantia munitur [1]). Ne-

---

26) fr. 33. d. cond. ind.

1) c. 8. d. rer. perm. (Vd. supra p. 175.).

que quidquam donatio a quavis alia datione distat quoad vim legis traditioni dictae; haec lex enim neutiquam, pacti, contractui adjecti instar habenda est: data est enim praescriptis verbis actio ex hac causa jam Papiniani, ICti [2]), et Diocletiani [3]), Imp., temporibus, ubi ipsa donatio adhuc non nisi per rei traditionem perficiebatur [4]). Et licet postea ab Imp. Justiniano [5]) donatario quoque actio parata fuerit, qui donaverat, postea quoque nullam actionem habebat, quae forte pactum adjectum in se reciperet. Neque solum ipsa rei ratione eo perducimur, ut hunc casum superioribus prorsus aequalem habeamus, sed etiam ipsi Romani, eam hujus actionis causam esse, declarant, quod certa lege datum sit aliquid; ipsi pronuntiant, pactione, quae rei traditione firmata sit, hoc casu idem effici, quod stipulatione [6]). Et postremo, hoc quoque casu ob rem dati obligatio, re non secuta, cum obligatione ex conventione nata concurrit, prorsus eodem modo, quo hoc in ceteris casibus fieri videmus [7]). Neque vero etiam ullo indicio declaratur, praescriptis verbis actionem, quae hîc datur, ut lex donationi dicta impleatur, eo substantiam suam mutare, quod libe-

2) fr. 28. d. donat.

3) c. 8. C. d. rer. perm. c. 9. c. 22. C. d. donat.

4) Fragm. Vatic. §. 293. §. 273. 5) 35. C. d. donat.

6) c. 8. C. d. rer. perm. c. 9. c. 22. C. d. donat. (Vd. supra p. 175.) fr. 28. d. donat.

7) Cfr. §. 21. p. 125 sqq. fr. 2. §. ult. fr. 3. d. donat. c. 6. c. 8. C. d. cond. ob caus. Hujus tamen condictionis usus in donationibus, quae sub modo factae sunt, latius etiam patere potest, quam praescriptis verbis actionis. vd. Mühlenbr. doctr. §. 445. not. 9.

ralitatis titulo res in alterum translata fuerit: nihil enim id pertinet ad hanc obligationem, quae rei traditione initium capit, cum ipsa donatio traditione perficiatur, ita, ut donantis obligatio existere desinat.

Et in dotibus quidem, quae ab extraneis dabantur, olim ea ratio juris obtinuit, ut, mortua in matrimonio muliere, penes maritum dos remaneret, divortio facto ad mulierem pertineret, siquidem sui juris esset, vel ad patrem ejus, in cujus potestate adhuc constituta esset, qui eam, adjuncta filiae persona, rei uxoriae actione peteret [8]). Quam quidem rationem Justinianus ita immutavit, ut dos, nisi ex quibusdam pactionibus, ad maritum nunquam pertineret, sed, soluto matrimonio, vel ad heredes mulieris, vel ad ipsam utique perveniret [9]). Haec tamen omnia longe aliter procedebant, cum de dote data quandoque restituenda cautionem extraneus exegisset. Si enim extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci, et ignorante muliere, sicut et stipulari potest. Id enim Paulus [10]) docet. Quapropter etiam, ut sibi, mortua in matrimonio muliere, vel divortio facto, dos restituatur, stipulari potest [11]): quam dotem specialiter receptitiam vocari, Ulpianus tradit. Ex quo autem illa ratio invaluisset, in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere [12]), nec solum actionem, si qua forte ex negotio competeret, sic formari [13]), sed etiam propriam actionem ex talibus conventionibus dari et civile negotium

8) Ulp. VI, 5. 6. 9) c. un. §§. 6. 13. C. d. rei uxor. act.
10) fr. 20. §. 1. d. pact. dotal. 11) Ulp. VI, 5.
12) fr. 48. d. pact. 13) fr. 7. §. 5. pact. c. 13. C. eod.

ita constitui, non solum stipulationibus [14]) effici potuit, ut dotes receptitiae fierent, sed etiam pactis in continenti adjectis. Quo casu praescriptis verbis actio data est ad dotem recuperandam; quam eo fundamento niti, quod omnibus his casibus pariter subesse, hujus sectionis initio contendimus, a juris nostri auctoribus manifesto declaratur [15]). Conventionem autem sic factam stipulationis locum tenere, et vi sua proxime ad eam accedere, longiore probatione non eget.

Pari modo autem in transactionibus interdum praescriptis verbis actio datur, quod certa lege aliquid praestitum est. Quae res ita se habet: transactio fit de re dubia et lite incerta, neque finita [16]): quare mota fuerit controversia necesse est [17]). Transactio etiam per pactum conventum fieri potest; et pacti conventi exceptio utique eum

---

14) Verosimile enim videtur, olim non nisi stipulationibus hoc effici potuisse: de his enim solis Ulpianus (VI, 5.) loquitur: cui non contrarium est, quod Paulus fr. 20. §. 1. dixit: dubium enim est, an hic de actione, ex illis pactis competente, cogitaverit: hujus enim non nisi in Codice Justinianeo fit mentio. Nihilominus tamen illam rationem quoad dotis quoque constitutionem illorum ICtorum aetate jam invaluisse, ex rescripto Septimii Severi, c. 10. C. d. pact. (cfr. c. 1. C. d. pact. conv. tam super dote, rel.), constat.

15) Cfr. fr. 20. §. 1. d. pact. dotal. C. 10. C. d. pact. (ad quam vd. supra §. 16. not. 4.) c. 6. C. d. jur. dot. (ad quam vd. Mühlenbr. doctr. §. 523. not. 18—21) c. 24. C. eod. C. un. §. 13. C. d. rei uxor. act.

16) fr. 1. fr. 2. d. transact.

17) Propterea a transactione abhorret casus, fr. 3. pr. d. cond. c. d. c. n. s., ab Ulpiano propositus.

repellet, qui litem, transactione finitam, resuscitabit [18]). Saepissime autem ita transigitur, ut alter alteri promittat aliquid, si quidem discessurus sit a lite: attamen ex nudo pacto actio non nascitur, sed tantum exceptio: qua igitur actione is, cui a lite discedendum est, consequetur id, quod dari convenit, cum nulla stipulatio hujus rei nomine subjecta fuerit? Declarant autem Impp. Diocletianus et Maximianus [19]), transactionem nullo dato, vel retento seu promisso minime procedere. Quod cum ita sese habeat, argumento e contrario efficere possumus, non solum validam fore transactionem, sed etiam actione munitam, ubi vel ego dederim tibi aliquid, vel retinere concesserim, vel me praestaturum promiserim et praestiterim. Et re vera cum tali modo res processerit, praescriptis verbis actionem dari convenit, qua alter consequatur, quod alter promiserit. Aperte enim hoc declaratur rescriptis tum Alexandri, tum Diocletiani et Maximiani, quae c. 6. et c. 33. C. d. transact [20]) continentur. Utroque enim casu litem omissam et transactionis fidem ab eo servatam esse constat, cui Imperatores actionem accommodant, qua id consequatur, quod alter contra praestare promiserat. Certa lege enim a lite discessum erat.

Ita autem re vera praestitum fuisse aliquid, ut minime dubitari possit, praescriptis verbis actionis rationem hic re vera eam esse, quam nos diximus, duplice modo effici poterit: Utroque casu in rem actionem moverat, qui a lite discessit. Litem

---

18) c. 39. c. 16. c. 17. c. 29. d. transact.

19) c. 38. C. d. transact. 20) quas vide supra, p. 176.

omittendo alterum retinere patitur, quod ipse velut dominus suum petiverat. Quamvis autem incertus fuerit litis eventus, ubi a lite destitit, alteri dedisse aliquid videtur, cum ejus rei dominium non tam apud adversarium remanere concedit, quam potius ipse nunc primum illum ejus rei dominum faciat [21]), eo magis, quod huic de jure suo parum constitisse oporteret, qui res offerendo litem compescere studuerit. Qui autem dedit aliquid, certe videtur praestitisse. Idem autem alio modo docebo, ut non solum de in rem actionibus hoc valere, sed ex generali juris regula repetendum videatur. Ex c. 28. C. d. transact. constat, inter Sapparitam et alium quendam transactionem factam esse. Convenerat, ut certum aliquid Sapparita acciperet. Stipulatio hujus rei nomine interposita non erat; neque vero etiam Sapparita liti jam renuntiaverat. Respondent Impp. Diocletianus et Maximianus: ex pacto actionem non nasci; quapropter rerum vindicatione adhuc pendente, si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali vel in factum replicatione usam Sapparitam posse ad placitorum obsequia adversarium urgere. Pactum dicitur nudum, quod Sapparita litem nondum remiserat: ergo pactum non est nudum, ubi a lite alter dicessit; hoc enim casu praescriptis verbis actionem dari videmus, quam ex nudo pacto minime nasci, innumeri loci testantur. Hanc autem genuinam hujus rei esse rationem, magis etiam iis firmantur, quae c. 21. C. d. pact. iidem Imperatores Eusebio responderunt:

„Cum tu proponas, inter vos sine scriptura

---

21) Cfr. etiam Noodt, de pact. et transact. c. XIV.

„placuisse, fratrum tuorum successiones aequis ex „partibus dividi, et transactionis causa probari „possit, hanc intercessisse conventionem, exce„ptione te tueri potes, si possides. Quodsi adver„sarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actio„nem natam esse, si tibi stipulatione non prospe„xisti, debes intelligere, *nec adversario tuo trans„actione uti concedendum est, nisi ea, quae placita „sunt, adimplere paratus sit.*"

Nam, hîc quoque actionem superfuisse Eusebio, constat, quam divisionis placito, transactionis causa interposito, adversarius removere voluerat [22]). Ubi autem semel a lite discessum est, eo magis praestitum esse videri poterat, quod litem, transactione finitam, resuscitari, nisi utroque consentiente [23]), juris auctoritas non patitur. Responsum enim invenimus, non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse [24]).

Nihilominus tamen dubitari possit, an ita re vera contractus factus sit. Contractus enim proprium esse vidimus, ut obligatio constituatur, neque contractum existere, ubi eo spectet conventio, ut obligatio vel tollatur, vel minuatur. Hoc autem casu actio, quae et ipsa obligationis naturam habet, conventione tollitur. At vero pari modo actione sublata nova obligatio constituitur. Quapropter eodem jure, quo, novatione facta, actionem ex stipulatu ex *contractu* competere, minime infitias imus, praescriptis verbis actionem, qua novam obligationem in judicium deducimus, ex

22) Cfr. Noodt c. l. 23) c. 14. C. d. transact.
24) c. 20. C. eod.

*contractu* natam esse, dicimus. In his igitur ne diutius moremur.

## §. 29.

Cum in his casibus omnibus facili negotio expediri possit, non solum quo fundamento praescriptis verbis actio nitatur, sed etiam cur hac potissimum actione agendum sit: — nulla alia enim competit: — mirum videri possit, cur de his quoque, quae, durante communione, super rerum communium usu, convenere, vel de iis, quae, facta divisione, ab unoquoque praestanda esse, coheredes et condomini pacti sunt, praescriptis verbis agatur. At vero hîc quoque constat, eam hujus actionis esse causam, quod certa lege praestitum est aliquid; hîc quoque praescriptis verbis actio in id competit, ut placita serventur: id solum difficultatem movet, quod non statim constat de ratione, quae inter hanc actionem et divisoria judicia intercedat; qua de re nunc quaedam monenda videntur:

1) Tam familiae herciscundae, quam communi dividundo actio ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones [1]): quare si quid ipsi coheredes sive condomini inter se pepigerunt, id inprimis et familiae herciscundae et communi dividundo judex servare debet [2]). Attamen propter has personales praestationes solas nunquam neque familiae herciscundae, neque communi dividundo agi potest: utriusque actionis enim is primus est finis, ut rerum

1) fr. 22. §. 4. fam. herc. fr. 3. pr.; fr. 4. §. 3. comm. div.
2) fr. 3. §. 1. eod.

communium divisio fiat: quapropter omnium minime ita agi poterit, ut divisio non fiat, sed res in communione permaneant, id quod tum ex ipsa harum actionum natura sequitur, tum vero etiam inde effici potest, quod, si post rei communis interitum is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, communi dividundo judicium non nisi *utile* datur [3]), quod idem valet, si alio modo res communis esse desiit [4]). Si quid igitur de rei communis vel usu, vel administratione convenerit inter eos, qui eam rem communem habent, si quidem res in proprium contractum transit, dubium non est, actione ex hoc contractu competente agendum esse, si quidem alter promissis non steterit; poterit etiam communi dividundo agere; si vero eam rem communem servare velit, hac actione abstinendum erit [5]). Cum igitur a communione discedere nolit, et res in alium contractum ex eorum numero, quibus propria actio parata est, minime transeat, neque vero etiam stipulatio interposita sit, ita tamen rei gestae sit ratio, ut equidem certa lege praestiterim tibi aliquid, ut tu mihi contra aliquid praestares: dubium non est, praescriptis verbis actionem dari, si tu vel conventioni non steteris, vel culpa tua acciderit, quo minus stare possis: quae omnia probe conveniunt in casum, fr. 23. com-

---

3) fr. 11. comm. div. Cfr. fr. 14. §. 1. eod.

4) fr. 6. §. 1. eod. Minime obstant huic sententiae fr. 22. §. ult.; fr. 23.; fr. 24. fam. herc. Neque enim tota familia periit.

5) Non obstat fr. 14. §. 1. comm. div.

mun. divid. [6]) ab Ulpiano propositum, qui secundum haec ampliore interpretatione non eget:

Ulpianus, *libr. XXXII. ad Edict.*

„Si convenerit inter te et socium tuum, ut „alternis annis fructum perciperetis, et non patia„tur te socius tui anni fructum percipere, viden„dum, utrum ex conducto sit actio, an vero com„muni dividundo? Eadem quaestio est, et si so„cius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, „pecus immisit, et effecit, ut futuri anni fructus, „quos socium percipere oportuit, corrumperentur. „Et puto, magis communi dividundo judicium, quam „ex conducto locum habere, (quae enim locatio „est, cum merces non intercesserit?) aut certe „actionem incerti civilem reddendam."

2) Quavis divisione negotium geritur inter partes, neque quidquam interest, cujus arbitrio divisio instituta fuerit, utrum parens bona inter liberos diviserit, an judex familiae herciscundae, vel communi dividundo judicio constituerit aliquid inter partes, an denique vel arbitri ope, vel inter solas partes res gesta fuerit. Quare uterque ex sua persona actionem intendere poterit, si alter facere cesset, quae arbiter facienda imposuerit. Jam vero familiae herciscundae in universum semel tantum agi potest [7]); item communi dividundo judicium de eadem re semel tantum competit [8]); utraque actio denique cessat, si quidem res communis esse desiit: quare de iis, quae post divisionem factam praestanda erunt, neque familiae herciscundae neque communi dividundo judicium da-

6) quocum conferas velim fr. 35. §. 1. locat.

7) fr. 20. §. 4. fam. herc. 8) Arg. fr. 4. §. 2. comm. div.

bitur. Quibus igitur remediis utendum erit, ut ea, quae super rerum divisione placuerunt, serventur? Et si quidem stipulatio de his interposita fuerit, nulla hujus rei est difficultas; si vero placita intra conventionis fines contineantur, neque in alium contractum transeant, difficilior hujus rei est exitus. Vidimus autem, ipsum divisionis placitum, nisi stipulatione vel traditione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nemini prodesse [9]; si igitur divisio sine omni stipulationis interventu celebrata sit, necesse est, rerum, quae in divisionem venere, traditionem factam esse, ut ipsa divisio rata et firma maneat: jam vero in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere, manifestissimum est. Ergo non solum divisio traditionibus rerum firmata est, sed etiam quae praeter ipsam divisionem convenere nudi pacti instar minime habentur. Quare ad exhibendam fidem iis, quae in communis rei divisione placuerant, stipulationis remedio non adhibito, praescriptis verbis actione urgeri poterit, qui placita excedit. Quae omnia iis probe conveniunt, quae de his casibus modo a nobis sunt disputata. Secundum haec autem facili negotio intelligi poterunt textus:

c. 23. C. fam. hercisc. (Impp. Dioclet. et Maximian. *Hermogeni*).

„Licet pacto divisionis adversus singulos actio, „pro hereditariis portionibus creditori parata, mu„tari non possit, tamen ad exhibendam fidem his, „quae convenerant, stipulationis et juris adhibito „remedio, qui placitum excedit urgeri potest, cum

9) fr. 45. d. pact. c. 15. C. fam. herc.

„et hoc omisso, si non contrarium convenisse pro-
„baretur, praescriptis verbis conveniri potuisset."

fr. 20. §. 3. eod. (Ulp., *libr. XIX. ad Edict.*).

„Si pater inter filios sine scriptura bona di„visit, et onera aeris alieni pro modo possessio„num distribuit, non videri simplicem donationem, „sed potius supremi judicii divisionem, Papinianus „ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portio„nibus hereditariis conveniant, et unus placita de„trectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, „quasi certa lege permutationem fecerint; scilicet, „si omnes res divisae sint."

fr. 18. §. 2. eod. (Ulp., *libr. XIX. ad Edict.*).

„- - - - Sed et cum monumentum jussit „testator fieri, familiae herciscundae agetur, ut „fiat. Idem tamen tentat, quia heredum interest, „quos jus monumenti sequitur, praescriptis verbis „posse eos experiri, ut monumentum fiat."

3) Secundum haec denique non est, quod miremur, hic quoque propter evictionem factam praescriptis verbis actionem dari. Tam in familiae herciscundae, quam in communi dividundo judicio prospicere debet judex, ut de evictione caveatur ei, cui res adjudicatur [10]). Respondit enim Marco Imp. Antoninus [11]): „Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit." Quibus tamen verbis minime significare voluit, emtionem ita contrahi; neque enim, si, stipulatione praetermissa, evictio fuerit secuta, emti judicio agi potest: re vera enim quod agitur, ad permutationem potius respicit; quare praescriptis verbis agendum

10) fr. 25. §. 21. fam. herc. fr. 10. §. 2. comm. div.
11) c. 1. C. commun. utriusq. judic.

est [12]). Cujus quidem actionis usus hîc nihil omnino ab iis recedit, quae supra [13]) hac de re monita sunt. Ubi enim rei hactenus inter nos communis partem alteram in tuum dominium transfero, haec potissimum traditioni lex dicitur, ut tu invicem, alteram ejusdem rei partem in me transferri, cures. Quare si haec pars tua culpa evicta fuerit, non praestitisti, quod convenit: et cum equidem ex mea persona promissis steterim, recte agam praescriptis verbis, ut tu ex tua persona praestes, quae praestari convenit. Sic fit, ut actio praescriptis verbis, quae propter evictionem competit, nihil omnino a communi obligationum hîc tractatarum indole recedat.

## §. 30.

Hoc loco denique commemorandus videtur contractus ille, quem contractum suffragii recentiores vocarunt, qui sic describitur: si quis alterum suffragium apud imperantem pro se interponere jusserit, officiumque ejus se remuneraturum promiserit, cum desiderii compos factus sit: contractum „facio, ut des" existere, simul atque suffragatoris ope optata consecutus fuerit. Praescriptis verbis actione igitur compellendum, ut promissa exsolvat, qui, suffragium pro se ferri rogaverit. Contra si hic dando obligationi initium praebuerit, praescriptis verbis acturum, ut alter suffragium ferat, vel condictione ob causam datorum repetiturum, quae dederit, si alter vel ferre detrectet,

12) c. 7. C. comm. utr. jud. c. 14. C. fam. hercisc. fr. 66. §. 3. d. evict.

13) p. 85. i. f. sqq.

vel fumum vendiderit: esse enim contractum „do, ut facias.“ — Quam contractus speciem ex c. ur. C. d. suffragio (IV, 3.) deducunt. Multa tamen obstant, quo minus hanc recentiorum sententiam protinus sine omni haesitatione sequamur. Quam ut refutemus, longiore expositione opus esset: quare hoc loco pauca quaedam attigisse sufficiat, quibus dubitatiunculas nostras in medium conferamus.

Priusquam autem ipsam illam Imp. Theodosii legem aggrediar, de cujus interpretatione plurima pendent, quae ad hanc disputationem adhibenda sunt, ipsam rei conditionem paulo accuratius inspiciamus, ut definire possimus: num praescriptis verbis actio necessaria fuerit in hoc negotio? dein, annon ex communibus juris regulis haec actio decerni potuerit? ut exquiratur, quid lege opus fuerit, qua praescriptis verbis actio ad hoc negotium applicaretur?

Et si quidem te rogavero, ut preces pro me adhibeas vel suffragium pro me interponas, tu promiseris, hoc esse mandatum, nemo infitias eat [1]). Et si remunerandi gratia, me tibi praestaturum aliquid, promisero, hoc certe honorarii speciem prae se fert. Pro opera enim et labore constituitur, non ita, ut tu indemnis serveris, quod officium tuum non sine impensis procedere possit [2]). Aperte autem Ulpianus [3]) ait; „Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.“ Quodsi

1) Cfr. Thibaut Pand. §. 897. not. b. (Ed. VII.).

2) Quam quidem rationem in negotiis, §§. 23, 24. descriptis, obtinere vidimus. Cfr. fr. 7. mand.

3) fr. 6. pr. mand.

igitur, honorario accepto, tu suffragium ferre detrectaveris, mandati tecum agam, quanti mea interest, suffragium a te latum esse; vel etiam condicam, quod tibi dedi [4]). Licet autem honorarium ita constitui soleat, ut operae effectus minime spectetur, haud dubie fieri poterit, ut ea lege tibi salarium vel dem, vel promittam, ut vòto potitus sim: namque solum eventum litium majoris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redimit [5]). Quapropter si ea lege tibi honorarium dedero, ut suffragium efficax fuerit, eadem haec accident, quae modo diximus. Quodsi ob vicem referendam ego me tibi obstrinxero ea conditione, ut optata consecutus fuerim, deinde moras nectam, tu me ad solutionem debiti compelles: neque tamen mandati contraria actione honorarium a me petes, quod ita tibi promisi, sed apud Praetorem, vel Praesidem provinciae extraordinaria cognitio tibi praebebitur [6]). Sic igitur intelligere licet, eo casu, quo recentiores, contractum „do, ut facias" existere, censent, inutilem esse praescriptis verbis actionem, cum sit mandati, altero casu, quem contractum „facio, ut des" in se habere dicunt, omnino non competere, cum honoraria extraordinaria cognitione petenda sint.

At verò constitutio illa Theodosii Magni, quae c. un. C. d. suffrag. continetur, ad hunc posteriorem casum solum respicit: quare vix est, quod dubitemus, lege illa ordinarium judicium huic negotio constitutum esse; actio autem inde nata haud dubie est praescriptis verbis, cum ei soli detur,

4) Arg. c. 11. C. d. cond. ob caus. dator. 5) fr. 7. mand.
6) c. 1. C. mandat. fr. 1. d. extraord. cognit.

qui promissis steterit? — Ut huic sententiae occurramus, ipsam legem aggrediamur, qualis in Codice Theodosiano reperitur, c. 2. tituli „Si certum petatur de suffragiis.“ (II, 29.).

Impp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. *Rufino Pf. P.*

„Si qui, desideria sua explicare cupientes, „ferri sibi a quoquam suffragium postularint, et „ob referendam vicem se *sponsione* constrinxerint, „promissa restituant, cum ea, quae optaverint, „consequantur: si artibus moras nectent, ad solu„tionem debiti coarctandi sunt. §. 1. Sed si quid „eo nomine in auro, vel argento, vel in ceteris „mobilibus datum fuerit, traditio sola sufficiet, et „contractus habebit perpetem firmitatem, quoniam „collatio rei mobilis, inita integra fide, hac ratio„ne cumulatur. §. 2. Quodsi praedia rustica vel „urbana placitum continebit, scriptura, quae ea „in alium transferat, emittatur, sequatur traditio „corporalis, et rem fuisse completam, gesta te„stentur. Aliter enim ad novum dominum transire „non possunt, neque de veteri jure discedere. §. „3. Quodsi quis, dum solo commonitorio de suf„fragio nititur, bona duxerit occupanda, reus te„meritatis et violentiae retinebitur, atque in sta„tum pristinum possessio reducetur, eo a petitione „excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere „debuisset.“ *Dat. IV. Non. Martii, Constantinop. Arcadio III. et Honorio II. AA. Coss.* (394.) 7).

7) Quoad hujus legis nec non alterius, quae ibidem in Cod. Theod. legitur, interpretationem, prope in omnibus Jacobi Gothofredi commentarios secuti sumus, ut quam plurimum recentiorum hac de re doctrinae tribuamus, quippe quae

Ipsa hujus constitutionis verba monstrant, legem esse edictalem, et novum aliquod negotium tum constituere, tum accuratissime definire. Neque tamen hoc negotium eo sensu novum dici potest, quasi penitus ignotum fuisset antea. Aliunde enim compertum habemus, admodum frequentem ejus fuisse usum, et tantum legibus ignoratum, id quod Edicto Imp. Juliani ad populum, c. 1. C. Th. h. t. [8]), aperta significatione declaratur. Quamvis enim cum Jacobo Gothofredo hanc Juliani legem ad eos solos casus referendam dicamus, quibus honores suffragii redemti ope impetrati erant [9]), id tamen pro certo ex ea efficere possumus, hujus-

---

fere tota iisdem nitatur; cfr. enim Glück, T. XVIII. §. 1070. p. 107—112.

8) „Foedis commentis, quae bonorum merito deferuntur, qui„dam occupare meruerunt, et cum meruissent, in republica „quolibet pacto versari, repetendam sibi pecuniam, quam „inhoneste solverant, imprudentius atque inhonestius arbi„trantur: alii etiam quae tunc donaverant, vel potius pro„jecerant ob immeritas causas, invadenda denuo credide„runt. Sed quia leges Romanae hujusmodi contractus pe„nitus ignorant, omnem repetendi eorum, quae prodige „nefarieque projecerint, copiam prohibemus. Qui itaque „repetere nititur, vel repetiisse convincitur, et, quod dedit, „apud suffragatorem ejus remanebit, vel extortum resti„tuet, et alterum tantum fisci viribus inferre cogatur." Dat. Kal. Febr. Constantinop. Mamertino et Nevitta Coss. (362).

9) quam quidem magistratuum nundinationem alii quoque Imperatores coërcere student, Constantinus M., c. 2. C. Th. d. honorar. codicill.; Arcadius, c. 1. C. Th. ad leg. Jul de ambitu; Theodosius II, c. ult. C. ad leg. Jul. repetundar., (cfr. c. 16. C. si certum petat.) Justinianus, Nov VIII. c. 7.; Tiberius, Nov. CLXI.

modi contractus in universum turpium numero habitos esse. Nullam autem omnino actionem ex his negotiis datam esse, hinc concludere licet, quod lege illa Theodosii demum iis quoque casibus actio concessa est, qui nihil ad honorum sive magistratuum collationem pertinebant [10]. Et in his quoque videndum est, qua diligentia et circumspectione Imperator rem ita composuerit, ut omnimodo suffragatorum avaritiae et voracitati occurreretur; unde colligere licet, hujus negotii usum, etsi non amplius prohibitum, maximo tamen odio habitum esse.

Quod probe tenentes non sine magna haesitatione eorum sententiae accedere possumus, qui nuda conventione remunerationem his casibus promitti potuisse, dicant. Sic enim „*sponsionis*" vocem Jac. Gothofredus excepit, qui, vel nuda conventione (sponsione), vel in scriptis (commonitorio de suffragio) hoc factum esse, censet. Quod num recte censuerit, equidem hoc loco dijudicare non ausim. Id tamen monuisse volo, sponsionis vocem semper utique promissionem significare, non sine solennitate quadam factam ad alterius interrogationem: id enim Paulus fr. 7. d. V. S. [11]) aperte pronuntiat: „*sponsio* appellatur non solum, quod per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque."

Sed mittamus hanc quaestionem, et concedа-

---

10) De his enim solis hanc legem intelligendam esse, Gothofredus censet: quod haud dubie ita sese habet, si hodiernum ejus valorem spectemus.

11) Consentit nosbiscum Cujacius ad hoc fr. 7., tractatu ad titulum de Verbor. Signif.

mus, quod Gothofredus contendit: inquiramus autem, quaenam actio ipsa lege huic negotio tributa sit? Et praescriptis verbis actionis quidem nulla omnino fit mentio. Vidimus autem, hujus actionis in universum eam fuisse naturam, quod fori disputatione iis casibus introducta sit, quibus, cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, nihilominus tamen aliquid negotii gestum videretur: nusquam autem actionem illam lege aliqua constitutam invenimus. Contra Paulus [12]) affirmat, si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum esse, id est condictione ex lege, quam certi condictionem esse, supra vidimus [13]). Hanc autem hoc quoque casu datam esse, eo minus dubitare possumus, quod in Codice Justinianeo titulus de suffragio (IV, 3.) prope titulum „si certum petatur" (IV, 2.) inter medios titulos, qui de condictionibus agunt, positus est, quod in Codice Theodosiano hujus tituli rubrica vel ea est: „Si certum petatur de suffragiis."

Quoties autem negotio alicui non solum propria forma, sed etiam propria actio constituta est, praescriptis verbis actio cessat [14]). Neque vero etiam propterea hoc negotium inter contractus innominatos, qui dicuntur, referendum est, quod is tantum ad solutionem debiti compellitur, qui, quae optaverit, consecutus est, cum sic fieri possit, ut contractus formulae „facio, ut des" subjiciatur. Hoc enim non ex generali illa regula factum est, praescriptis verbis actionem ei tantum competere,

---

12) fr. un. d. cond. ex lege. 13) §. 16. not. 4.
14) fr. 1. pr, fr. 2. fr, d. pr. verb.

qui conventa praestitit, sed obligatio lege ita constituta est.

Quibus omnibus perpensis, id certe probasse mihi videor, non sine ratione me dubitare, num contractus suffragii, quem vocant, inter contractus innominatos referendus sit: plus fateor, me vix tantum mihi temperare, quo minus, eum ex eorum numero prorsus rejiciendum esse, existimem.

---

## CAPUT IV.

*Quod summam eorum continet, quae in antecedentibus disputata sunt.*

### §. 31.

Sic non solum discretis, sed etiam latissime pertractatis variis illis casibus, ex quibus praescriptis verbis actio competit, eo perducti sumus, ut summam eorum, quae de horum contractuum indole ac natura comperta habemus, paucis recensere possimus: qua in re eo breviores esse poterimus, quo longiores in iis exponendis fuimus, quibus eorum, quae nunc in medium collaturi sumus, probatio inest.

Tria autem casuum genera distinxi, et secundum variam eorum naturam singulos disposui. Quod an recte fecerim, alii dijudicent. Exponam tamen, quibus causis permotus sic potissimum distinguendum putaverim. Prima autem causa erat rationum diversitas, quibus adducti ICti praescriptis verbis agendum arbitrati sunt. Ubi dubitari poterat, annon re vera negotium aliquod ex eorum

numero contractum esset, quae certa forma, et proprio nomine gaudebant, prope certum videbatur, negotium aliquod civile re vera contractum fuisse: dubitabatur de negotii qualitate. Quapropter non tam de eo quaerebant ICti, an vel omnino actionem concederent, sed qualem? id potissimum agentes, ne quis propter formularum angustias causa caderet. Cum autem praescriptis verbis actionis ea esset natura, ut quodvis negotium gestum in se reciperet, tutius ducebant, hac potius actione agi, si quidem rei gestae talis esset ratio, ut ejus actionis usus pateret. Neque enim credendum est, in actoris arbitrio fuisse, quoties de formulae alicujus eventu dubitaret, hanc potius actionem eligere. — In secundo autem casuum genere id quidem pro certo constabat, rem intra certi alicujus negotii fines minime constitisse, immo actum esse aliquid, quod vel notissimas regulas ejus contractus offenderet, de quo forte partes cogitassent. Esse autem cogitatum de certo aliquo contractu, tum ex ipsa rei gestae natura, ex eo, quod actum erat, tum ex declarata partium voluntate constabat. Ex quo enim bonae fidei actionum usus jure civili introductus erat, ea invaluit ratio, ut in omnibus omnino negotiis eo potissimum attendendum esset, quid agere voluerint partes: nihil enim magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est [1]). Ubicunque igitur eorum, quae gesta erant, eventus contrahentium voluntati non respondebat, quod in ea certi alicujus contractus notio minime caderet, nihilominus autem ex bona fide gestum erat

1) fr. 11. §. 1. d. A. E.

negotium, aequum videri oportebat, quoad ejus fieri posset, partium voluntatem servari. Quoties igitur ea adessent, de quibus praescriptis verbis actionis usus penderet, hac actione data, quae acta erant inter partes, sustinebantur. Cum autem bonae fidei obligationum ea sit vis ac potestas, in quibus potissimum vitae societas contineatur, tum eorum negotiorum usus, quae secundo huic generi a nobis adscripta sunt, et ipse frequentissimus erat, unde evenit, ut in praescriptis verbis actione, quae ex permutatione competit, et in ea, quae de aestimato proposita est, judici ex fide bona lis dirimenda esset [2]). — In tertio autem casuum genere videndum est, eam praesertim fuisse ICtorum sententiam, nihil magis aequitati convenire, quam eam legem servari, qua quis, ab altero praestari sibi aliquid, passus esset. Quae quidem sententia nescio an arctissime cum ea ratione cohaereat, usquequaque videndum esse, ne quis cum damno alterius locupletior fiat: cujus quidem rationis vim in toto jure maximam fuisse videmus [3]).

Ex his autem ipsis efficere licet, quaenam fuerit altera divisionis istius, a nobis institutae, causa: nempe eorum, quae veniunt in hac actione, diversitas. Quae qualis fuerit, per totam disputationem, quae superiore capite continetur, demonstrasse nobis videmur: cujus quaenam fuerit causa, ex iis, quae modo disputavimus, apparet. In ultimo casuum genere eorum tantum ratio habetur, quae aperta contrahentium significatione declarata inveniuntur: quo ea etiam referenda sunt, sine

2) §. 28. I. d. act.
3) fr. 206. d. R. J. fr. 14. cond. ind.

quibus fieri non potest, ut salva maneant, quae acta sunt. Quo fit, ut propter evictionem quoque praescriptis verbis actio competat, licet de ea nihil sit expressum [4]). In iis casibus contra, quos medios collocavimus, non solum eorum ratio habetur, quae dicta, sed etiam eorum, quae acta sint inter partes. Quid vero sit actum, aestimatur non solum ex iis, quae placitis partium contineantur, sed etiam ex iis, quae naturaliter insint cujusque judicii potestate. Quae ut eruantur, maximi momenti est similitudo, quae his negotiis cum contractibus, certa forma praeditis, iisque bonae fidei constitutis, intercedit. Quam eo usque valere vidimus, ut hinc explicari possint, quaecunque interpretes non nisi singulari quodam jure recepta duxerunt. Quae cum in hoc casuum genere ita sese habeant, prope necessitate quadam dicendum videtur, in iis negotiis, quae primum locum obtinent, rem fere totam ad ejus contractus naturam regi, cujus modus et fines minus diligenter observati viderentur, ut dubitaretur, utrum re vera adesset contractus, nec ne.

Hinc autem videre licet, quaenam fuerit tertia nostrae divisionis causa: etenim est diversa praescriptis verbis actionis indoles, quae secundum variam casuum naturam vel propius ad bonae fidei actiones accedit, vel stricti juris rationem sequitur [5]).

Quibus causis cum divisio ista satis defendi posse videatur, nunc in eo laborandum est, ut exponamus, quaenam omnium illorum casuum, ex

4) Vd. enim supra p. 85 sqq.

5) Vd. supra §. 16. p. 78 sqq. p. 90.

quibus praescriptis verbis agendum esse, vidimus, communia sint. Optimo jure enim concludere licet, ea, quae in omnibus his negotiis pari modo occurrant, neque unquam desiderentur, utique necessaria esse, ut ejusmodi contractus constituatur, ex quo praescriptis verbis actio competat: reliqua, quae in nonnullis tantum, et ne ibi quidem aequaliter obvia sint, non nisi fortuita habenda esse.

Jam vero vidimus, omnibus omnino subesse conventionem, quae licet vel apertius, vel occultius negotio gesto insit, nusquam tamen desideretur, ita ut praescriptis verbis actio neque earum actionum instar habenda sit, quae quasi ex contractu competant, neque condictionum, quae ejus nomine moventur, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur [6]), neque in factum actionum, quae ex Praetoris jurisdictione introductae sunt [7]). Hanc autem conventionem, cujus tuendae causa praescriptis verbis actionem dari, videmus, minime nudi pacti instar habendam esse, ubique aperta significatione declaratur [8]). Quaeritur igitur, qui factum sit, ut haec conventio nudi pacti instar minime habenda sit? Jam vero in tertio casuum genere luculentissime declaratum invenimus, pactum nudum non intervenisse, quoties, certa lege praestari, probaretur [9]): quam quidem rationem his casibus solam subesse demonstravimus, in quibus alia quaedam ne cogitari quidem possit. Actionem autem ei utique competere, vidimus, qui conventa praestitisset, contra eum,

6) fr. 66. d. cond. ind. Vd. supra §. 15. p. 68 sqq. p. 72 sqq.
7) Cfr. §. 15. c. I. 8) Cfr. supra §. 13. p. 56 sqq.
9) Cfr. §. 13. loc. cit. §. 27. p. 174 sqq.

qui vel placita servare detrectaret, vel conventa ita praestitisset, ut pro non praestitis habenda essent [10]). Quaeritur: an eadem haec ratio in reliquis duobus casuum generibus pari modo obtineat? Quod ut melius exploratum habeamus, hujus quaestionis eam rationem instituamus, ut antea exquiramus, num forte fieri possit, ut alio modo expediatur, cur in iis nudorum pactorum instar minime habenda sint, quae convenere inter partes.

Et in secundo quidem casuum genere possit aliquis dicere, similitudinis rationem, quae his negotiis cum bonae fidei obligationibus intercedat, efficere, ut certe negotium aliquod gestum videatur, etsi id, de quo forte partes cogitaverint, minime adesse videatur. Etenim cum ex bona fide negotium gerere voluerint partes, bonae fidei congruum esse, ut servetur id, quod actum sit. At, si boni et aequi vis ac potestas tanta esset, ut per se obligationem, quam utique juris esse vidimus [11]), producere possit, multo facilius tamen accidisset, ut obligationes, quae jure jam constitutae erant, ex bono et aequo aliquatenus laxarentur et amplificarentur. Jam vero cum ne hoc quidem ratio ista in his negotiis efficere potuerit, multo minus dicendum est, novam obligationem ita introductam esse. Aperte enim pronuntiatum invenimus, contractum eum, de quo forte partes cogitaverint, minime adesse [12]). Quare multo minus dicendum est, pactum nudum propterea non

---

10) Vd. supra p. 86 sqq.  11) Vd. supra §§. 1 sqq.

12) fr. 1. §§. 1. 2. d. pr. verb. fr. 1. §. 4. mand. fr. 13. pr. d. pr. verb. etc.

videri adesse, quod pacti adjecti instar habenda sit conventio: quae quidem sententia in primo illo casuum genere plus habet, quo defendatur. Neque enim in his directis verbis negatur, adesse negotium, de quo cogitari possit. At vero in his quoque sententia ista rejicienda videtur, quippe quae tum non in omnes omnino casus, quos generi illi adscribendos vidimus, cadat, tum ne in iis quidem negotiis locum habeat, quae re vera per pacti adjectionem immutata sunt: namque in his quoque proprium aliquod negotium contractus gestum, videri, demonstravimus [13]). Quod multo magis de ceteris omnibus valet: et cum praescriptis verbis non agatur, nisi cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, hîc quoque contractum, nomine gaudentem, minime adesse visum, dicendum est. Ubi autem res in alium contractum non transit, cum nulla subest causa, propter conventionem hîc constat, non posse constitui obligationem [14]); ubi tamen subsit causa, respondetur, esse obligationem. Talis autem causa existere dicitur, cum *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, cum dedi, ut aliquid facias:* sic enim contractus nascitur, quod Aristo συνάλλαγμα dicit. Quam generalem regulam cum nobis Ulpianus, Aristone duce [15]), proponat, tum Paulus [16]), nudo consensu constitui obligationem in his duntaxat negotiis receptum esse, dicit, quae nomen suum habeant, permutationem autem ex re tradita initium obli-

13) Vd. supra §. 18. p. 107 sqq.

14) fr. 7. pr. §§. 1. 2. 4. d. pact. Cfr. supra §. 13. p. 56 sqq.

15) fr. 7. § 2. cit.

16) fr. 1. §. 2. d. rer. perm. Cfr. c. 3 C. eod.

gationi praebere. Quoscunque denique casus recensuimus, nullum invenies, in quo non res aliqua in medio versata fuerit ex parte ejus, cui praescriptis verbis agendum esse, dicitur [17]). Quod cum ita sese habeat, cum conventio ubique vel plus, vel minus cum ea praestatione cohaereat, quae initium obligationi praebuit, eandem illam rationem, quam ultimo illi casuum generi solam subesse vidimus, in omnibus omnino locum habere, dicendum est, eo magis, quod nulla alia inveniri possit, quae per se effectum illum producat. Similitudinis autem ratio, quae inter haec negotia et contractus ex nominatorum genere intercedit, cum neque per se sola obligationem gignat, neque in omnibus his negotiis occurrat, minime necessaria est, ut contractus existant, ex quibus praescriptis verbis actio competat [18]): quamvis demonstrasse mihi videar, ejus rationis vim ac potestatem maximam esse, ubicunque sit obvia.

Neque tamen hîc subsistere licet: namque ex iis, quae de horum casuum indole ac natura proposuimus, alia etiam sequuntur: etenim cum, in omnibus proprium negotium contractus gestum esse, dixerimus, rejicienda videtur eorum sententia, qui praescriptis verbis actionem vel omnino

---

17) Neque enim contrarium est fr. 3. §. 4. d. cond. c. d. c. n. s., de quo vide supra p. 161. not. 34. Conferantur autem, quae de fr. 16. §. 1. d. pr. verb. disputata sunt §. 27. p. 181.

18) Id quod ab omnibus fere affirmatum videmus, quicunque hanc materiam tractarunt. Novissime Mühlenbr. doctr. §. 344. hanc sententiam proposuit, licet, eam non adeo magni faciendam, censere videatur: cfr. enim §. 344. cit. not. 2. nro. 1. 2.

in subsidium bonae fidei actionum datam esse dicant [19]), vel saepissime tamen hoc factum esse censeant [20]): quamvis verum sit, hanc actionem in universum non dari, nisi ex his negotiis, quae in alius cujusdam contractus formam et notionem minime cadant. Pari modo autem evicisse mihi videor, quod supra [21]) veluti posueram, praescriptis verbis actionem non dari, nisi ex contractibus, qui arctiore sensu vocantur, ut, contractus innominatos existere, dicendum sit, quoties praescriptis verbis agatur. Namque cum omnibus istis negotiis subsit conventio, cum haec conventio, utpote quae nudi pacti instar minime habenda sit, per se obligationem pariat, cum hujus nomine civilis actio competat, et ea usquequaque fori disputatione introducta [22]), — ergo jure civili, quod arctissimo sensu vocatur [23]), — cum denique non desint testimonia, haec negotia et ipsa contractuum nomine venisse [24]), nihil obstat, quo minus eadem ad contractus, qui in Institutionibus Justinianeis hoc nomine insigniuntur, et κατ' ἐξοχὴν appellationem illam meruerunt, referamus [25]).

Jam vero totam obligationum ex contractu oriundarum materiam in quatuor genera divisam videmus [26]): quam divisionem mancam esse, mi-

19) id quod Gans, Obl.-R. Abh. III. üb. Innominatcontr., fecit.
20) Mühlenbr. Heidelb. Jahrb. p. 71. 21) p. 60. i. f. sq.
22) De contractu suffragii enim cfr. supra §. 30.
23) fr. 2. §§. 5. 12. d. orig. jur.
24) fr. 7. §. 2. d. pact. (Ulp. [Aristo; Mauricianus]). fr. 3. d. pr. verb. (Julian.) fr. 8. fr. 9. d pr. verb. (Papin.) fr. 19. eod. (Ulp. [Labeo].) Cfr. praeterea supra §. 6.
25) Cfr. supra §. 10. §. 13. 26) Gaj. III, 89. §. 2. I. d. obl.

nime contendere licet [27]). Ergo dispiciamus, ad quod contractuum genus nostri sint referendi. Facili negotio, eos neque ad verborum, neque ad litterarum obligationes referendos esse, intelligimus. Pari modo autem, solo consensu ita minime constitui obligationem, vidimus. Superest igitur, ut, eos ad obligationes re contractas pertinere, dicamus. Quapropter antea paucis examinandum erit, quae harum obligationum maxime propria sint. Quae si in hos nostros contractus et ipsos cadere perspexerimus, nihil impedit, quo minus illi sententiae accedamus, quae inde ex Accursii temporibus eos ad hoc obligationum genus retulit [28]).

Quatuor illorum contractuum autem, qui prae ceteris re contrahi dicuntur, haec communia videntur: in omnibus res aliqua intervenit: hujus rei respectu conventio fit, quae tum ipso illo rei interventu vires capit, tum negotii eventum regit: nam secundum ea, quae de illa re convenere, vel mutui datio, vel commodatum, vel depositum, vel pignus contrahitur. Ut autem obligatio ita constituatur, minime opus est, dari aliquid a creditore [29]); sufficit enim rem ab altero ad alterum pervenisse: et ne illud quidem necessarium est, eum, ad quem haec res pervenerit, locupletiorem fieri [30]), sed omnibus haec potissimum ratio subesse videtur, ne alterius injuria damnum patiatur

---

27) De cujus divisionis vi ac potestate cfr. Wunderlich de litterar. obl. p. 5 sq.

28) Quam quidem sententiam Gans cit. loc. rejecit.

29) quod in sola mutui datione factum videmus.

30) neque enim is, apud quem deponitur, aliquid lucri sentit.

is, cujus res in medio versatur. Cum autem hic neutiquam dando semper obligationi initium praebuerit, tum alterius quoque debitum non solum in dando, sed saepius etiam in faciendo consistit[31]. Ipsa haec ratio quam facile extendi potuerit, utpote quae satis arctis finibus minime circumscripta sit, neminem fugiet. Non est igitur, quod miremur, hoc potissimum modo obligationum materiam dilatatam esse. Utique enim hoc consuetae ICtorum Romanorum agendi rationi respondet, ibi potissimum nova jura condentium, ubi rationis aequalitas cum iis intercederet, quae jure pridem constituta essent; eo magis si ipsum hoc jus fori consuetudine primum introductum est. Rationis aequalitas autem cum obligationibus re contractis intercedit, cum vel res alterius ad alterum certa lege pervenit, vel aliud quidquam alteri certa lege ab altero praestitum est, et is, qui vel rei, vel praestationi suae legem dixit, alterius injuria damnum pateretur, cui placita impune violare liceret. Non solum autem, hanc rationem negotiis istis, e quibus praescriptis verbis agitur, re vera subesse, dicendum est, sed etiam cetera omnia, quae in quatuor istas obligationes re contractas convenire contendimus, in iis pari modo obvia esse, ex his apparet, quae per totum hunc librum latius disseruimus. Quare minime dubitamus, receptae V V. doctorum sententiae accedere, quae eos contractus ad obligationum re contractarum genus retulit: quod de omnibus omnino casibus, quibus praescriptis verbis actio competit, valere, nobis dicendum est.

31) Ex Romanorum enim sententia obligationes, quae in tradendo vel in restituendo consistunt, ad faciendi obligationes pertinent: efr. fr. 75. §. 7. de V. O.

Superest igitur, ut examinemus, quanti momenti haec sint habenda quoad totam hanc doctrinam, quae de contractibus illis fertur. Quare primum omnium inquirendum est, num verum sit, quod dicunt [32]), duo genera obligationum re contractarum esse, alterum eorum, quibus, ut idem reddatur, alterum eorum, quibus, ut aliud praestetur, convenerit, in quorum numero contractus innominati omnes habendi sint. Quod posterius omnino negandum est, licet divisio ista habeat, quo sese tueatur. Plurimos enim casus existere vidimus, quibus, ut idem vel reddatur, vel restituatur, convenit [33]). Neque vero etiam ex formulis istis, „do, ut des" etc., quibus hos contractus interdum [34]) significatos invenimus, id efficere possunt. Quarum quae sit vis ac potestas, jam examinandum est: id enim alterum nobis propositum erat.

Quibus formulis quam vim recentiores prope omnes tribuerint, notissimum est: quicunque enim hanc contractuum innominatorum materiam tractarunt, in eo potissimum operam et laborem posuerunt, ut ostenderent, omnia omnino negotia, e quibus praescriptis verbis agendum sit, ad praedictos quatuor articulos reduci posse, et rursus omnibus istis formulis tum actionem paratam esse, tum casus exstare, qui singulis formulis respondeant. Quid mirum igitur, quod vel eo adducti sunt interpretes, ut haec negotia formulis istis inventis

32) Donellus, Comment. jur. civ. XII, 13. 14. XIV. 35. Hugo, Civil. Mag. Bd. I. p. 202 sqq.

33) Cfr. enim §. 18. §. 19. §. 20.

34) fr. 7. §. 2. d. pact. fr. 5. d. pr. verb.

demum in contractuum numerum recepta dicerent [35])? Quam sententiam secuti, ab horum contractuum numero vel rejecerunt omnes casus, quicunque minus commode ad formulas istas redigi possent, vel eam hujus rei rationem instituerunt, ut, mixta simplicibus contineri, dicerent [36]. Neque tamen divisionem istam adeo magni faciendam putaverim. Quaerendum est igitur, quam vim ipsi Romani his formulis tribuerint, secundum quae definiendum erit, quanta sit istius divisionis quoad hanc doctrinam auctoritas. Supra [37]) notatum invenies, juris nostri auctores, his veluti formulis usos, interdum indicare, se de his potissimum negotiis cogitare, quorum appellationes nullae jure civili proditae sint [38]); ubi enim generaliter de his negotiis loquuntur, de uno quodam casu in medium collato minime agentes, cum deficiat nomen, quo eorum contractuum notio exprimatur, descriptione utendum est, ut, rei gestae ratione exposita, omnibus pateat, de quibus negotiis cogitaverint. Verum enim est, in omnibus his casibus, quos ad obligationes re contractas pertinere vidimus, rem ita procedere, ut alter vel dando, vel faciendo obligationi initium praebeat. Cum autem omnis obligatio vel ad dandum, vel ad faciendum obstringat, necessitate quadam sequitur, omnes illas species formulis istis quodammodo contineri; quae quidem rei conditio singularum cau-

---

35) Glück, T. IV. p. 232.

36) Voet ad hunc titul. 37) p. 58.

38) quo quidem modo eas fr. 7. §. 2. d. pact. usurpatas videmus.

sarum permixtione, et velut confusione facta [39]) non adeo multum mutatur. Hunc autem formularum istarum fuisse usum, inde apparet, quod juris nostri auctores, qui lubentissime de casibus vel propositis, vel fictis respondeant, hos potissimum formulis istis introducunt [40]). Uno tantum loco, fr. 5. pr. d. pr. verb., species istae ita proponuntur, quasi in his tota haec materia contineretur: de quo quidem statim plura dicentur. Antea enim inquiramus, quam vim formulae istae exerceant quoad ea, quae veniant in praescriptis verbis actione? Et statim dicendum est, quoad haec nullam omnino earum esse auctoritatem. Unumquemque enim casum pro diversa ejus indole ac natura diversis et specialibus suis principiis regi, perspectum habemus, quae quidem ex formulis istis minime repetenda sint. Quem igitur ad finem Paulus formulas istas fr. 5. pr. d. pr. verb. proposuit? Neque enim existimandum est, eum hoc sine ratione fecisse. Respondeo: Paulo in fragmento isto propositum fuisse, inquirere, quibus casibus ob rem dati obligatio cum praescriptis verbis actione concurrere possit. Inspicientibus nobis titulos Digestorum et Codicis de condictione causa data causa non secuta, praeterea fr. 52, fr. 65. §. 4. d. cond. ind., fr. 53. §. 3. d. M. C. D. apparebit, has vel similes formulas Romanis praesertim in usu fuisse, talia negotia tractantibus, quibus ob rem dati obligatio inesset. Videamus, igitur, quemadmodum Paulus hoc loco formulas istas introducat:

39) Mühlenbr. doctr. §. 344. not. 10. 11.

40) Cujus rei exempla vide fr. 7. §. 2. d. pact. fr. 5. §§. 1. 2. 3. 4. d. pr. verb. fr. 6.; fr. 7.; fr. 9.; fr. 13. eod. etc. etc.

erat ipsi casus propositus, in quo alter fecerat, ut alter invicem faceret aliquid. Hujus quaestionis occasione totius ob rem dati tractatum inspici posse, censet, quem his speciebus competere docet: *aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias.* Apparet, *ob rem dati* notionem latissimo quodam sensu hîc acceptam esse: omnes enim casus complectitur, quibus certa lege aliquid ab altero ad alterum pervenit. Ex ipsa expositione autem apparet, condictionem ob causam datorum a Paulo duabus prioribus speciebus tantum datam esse: in his enim solis ob rem dati obligatio, quae proprie vocatur, consistit. Hinc autem videre licet, quaenam sit formularum istarum utilitas: etenim factis, ex quibus obligatio nascitur, ad formulas istas redactis, statim intelligitur, utrum condictio ob causam datorum et ipsa locum habere possit, nec ne. Haec si a vero non abhorrent, recentiores prope omnes formulis istis longe nimium auctoritatis tribuisse, dicendum putaverim, et vix mihi parco, quo minus multos adeo errores hinc deducendos dixerim, quod externae figurae tantam auctoritatem tribuentes, intimam illorum contractuum virtutem minus respexerint.

Jam vero formulis istis cum eo perducti simus, ut sponte quodammodo ejus rationis denuo memores simus, quae inter praescriptis verbis actionem et condictionem ob causam datorum intercedat: non inutile videtur, de ea pauca quaedam hoc postremo loco adhuc monere, ubi totius hujus doctrinae elementa, hîc illic sparsa, velut in unum redacta, conspectui nostro subjecta habemus.

Quae actiones, quomodo fieri potuerit, ut con-

currant, supra expositum invenies [41]); quando et quibus casibus concurrant, et ipsum jam demonstratum est [42]): quare superest, ut quaeramus, cur in his potissimum obligationibus concursus iste locum habeat, cum neutiquam his casibus solis condictio ob causam datorum parata sit, neque in his solis cum obligatione ex contractu nata concurrat [43]). Cujus rei plures rationes reddi possunt. Primum omnium in his contractibus omnibus rei gestae ea est conditio, ut, ubicunque datio aliqua initium obligationi praebuerit, ob rem dati obligatio et ipsa nata sit. Quod in ceteris contractibus plurimis secus est, et propemodum nonnisi fortuito quodam eventu accidit. Cessat praeterea haec condictio, quoties ea lege datum est, ut idem reddatur, quod non solum in iis contractibus valet, qui nomen suum habent, sed in his quoque nostris. Hinc efficere possumus, in universum vel cessare vel rarius tamen adhiberi condictionem istam, quoties actione ex contractu competente idem consequi possis. Quae quidem ratio eum praesertim hujus condictionis usum spectat, qui locum habet, cum negotii gesti talis sit natura, ut eum, qui dando obligationi initium praebuerit, poenitere liceat. Nam cum praescriptis verbis actio ad bonae fidei actiones non pertineat, in quibus magis id, quod actum, quam id, quod dictum, sequendum esse, traditur, sed utique id intentione sua comprehendat, ut placitorum fides servetur, ad distrahendum negotium minime com-

41) §. 16. not. 4.
42) §. 21. p. 125 sqq. Vd. et §§. 22. sqq.
43) Vd. enim supra § 16. not. 4.

petit, nisi hoc et ipsum conventione sit expressum. Quapropter etiam ad rem recuperandam, quae obligationi initium praebuit, minime utilis est haec actio, ubi tali modo obligatio dissolvitur. Et cum in mandato, quod mandati nomine dederis, mandato propter poenitentiam revocato, actione ex contractu competente repetere possis [44]), tum in negotiis mandati similibus, si poenitentia actus a contractu recedis, condictione ob causam datorum repetes, quod ejus negotii nomine dedisti.

Ipsam hanc poenitentiam autem ex eorum negotiorum cum mandato similitudine deducendam esse, probasse nobis videmur [45]). Quae poenitentia cum ex intima eorundem natura repeti possit, cum in ceteris casibus omnibus ejus nulla omnino mentio fiat [46]), cum denique nusquam, neque in his obligationibus, quarum causa praescriptis verbis actio datur, neque in obligatione ob rem dati, re non secuta [47]), traditum inveniamus, ei, qui obligationi dando initium praebuerit, invito altero a negótio discedere licere: in his acquiescere possumus, donec probetur, exstare generalem quandam rationem, omnium horum contractuum communem, quae poenitentiae faciat locum. Quo casu duntaxat mirum videri possit, eam in istis casibus solis conspicuam factam esse, in quibus nihil singulare habere videatur, cum ex ipsa eorum indole satis superque explicari possit. Quae ratio cum ad hodiernum diem usque nondum inventa

---

44) fr. 27. §. 1.; fr. 30. mand. 45) Supra §. 23. §. 24.
46) Cfr. p. 143. not. 12. p. 142. not. 9.
47) Cfr. supra p. 144. p. 125 sqq.

sit, eum, quae propositae sunt hujus poenitentiae explicationes, nullo modo effugere possint notissimam illam regulam, obligationi semel constitutae, adversario non consentiente, neminem posse renuntiare [48]), cum historia juris civilis Romanorum doctrinae, quae de hac poenitentia vulgo fertur, nullum omnino praesidium ferat: minime dubitamus contendere, jus poenitendi, omnium illorum contractuum commune, nunquam exstitisse.

Opus peregi; ex quo an aliquantulum lucis affulserit huic materiae, tot tantisque difficultatibus implicitae, dijudicent, quibus hac de re est judicium! In eo usquequaque laboravi, ut juris elegantiam huic doctrinae restituerem, ubicunque desiderari videretur. Cujus rei eam rationem institui, ut ubique ad sacros juris nostri fontes recederem, in vv. doctorum sententiis undique conquirendis et recensendis minus versarer: utique enim juveni studendum arbitror, ut ipse suum sibi judicium formet, modo talis sit rerum ipsi propositarum conditio, de quibus judicare tenera aetas permittat. Sic enim fieri poterit, ut juvenilium virium tenuitati ignoscatur, quod eorum audaciae ignosci nequeat, qui in aliorum sententiis dijudicandis unice operam ponunt. Eam autem legem utique mihi sequendam putavi, ut a receptis ICtorum sententiis non recederem, nisi rationibus destitutae viderentur, ut novas sententias non proponerem, nisi, eas rationibus satis firmis defendi posse, censerem. Quare temeritatis vituperium certe a me alienum fore, non sine ratione spero.

---

48) c. 5. C. d. obl. et act.

Ubicunque autem erroribus lapsus sum, Vos benigne conniveatis, rogo, qui jurisprudentiae profunda perlustrastis: meminisse enim Vos oportet, me juvenem ibi lapsum esse, ubi viri adeo lapsi sunt.

## THESES.

I.

Summa obligationum divisio, a Gajo in Institutionibus (III, 88.) proposita, omnes obligationum causas complectitur.

II.

Contractus mere civiles omnium vetustissimi habendi sunt, si vulgarem juris Romani indolem spectes.

III.

Causae civilis notio, quae contractibus subesse vulgo fertur, a jure Romano aliena est.

IV.

Praescriptis verbis actio non competit, nisi ubi conventio intervenit.

V.

Incerti condictionis, quae fr. 19. §. 2. d. precar. conceditur, formula ita concepta fuisse dicenda est: *Quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet.*

VI.

Rejicienda videtur interpretatio fr. 1. §. 4. d. rer. perm., quam Cujacius, Observat. Lib. XXIII. c. 28., proposuit.

VII.

A vero alienum est, quod dicunt, jus poenitendi omnium contractuum innominatorum commune esse.

VIII.

Contractus suffragii, quem vocant, ad contractus innominatos minime est referendus.

IX.

Quoties praescriptis verbis agatur, contractum innominatum existere, dicendum est.

## Emendanda.

P. 8 l. 16 *nisi ea* pro *quam ea.*
— 9 — 28 *naturae* pro *natura.*
— 11 — 15 *plurimorum* pro *prurimorum.*
— 14 — penult. et ult. *commemorat* pro *comemmorat.*
— 15 — 18 et 19 *vocabulum* pro *vobulum.*
— 29 — 3 *autem* pro *auten.*
— 52 — 12 §. 13. pro §. 12.
— 61 — 11 §. 14. pro §. 13.
— 92 — 17 *dijudicandum* pro *dijudicandam.*